This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

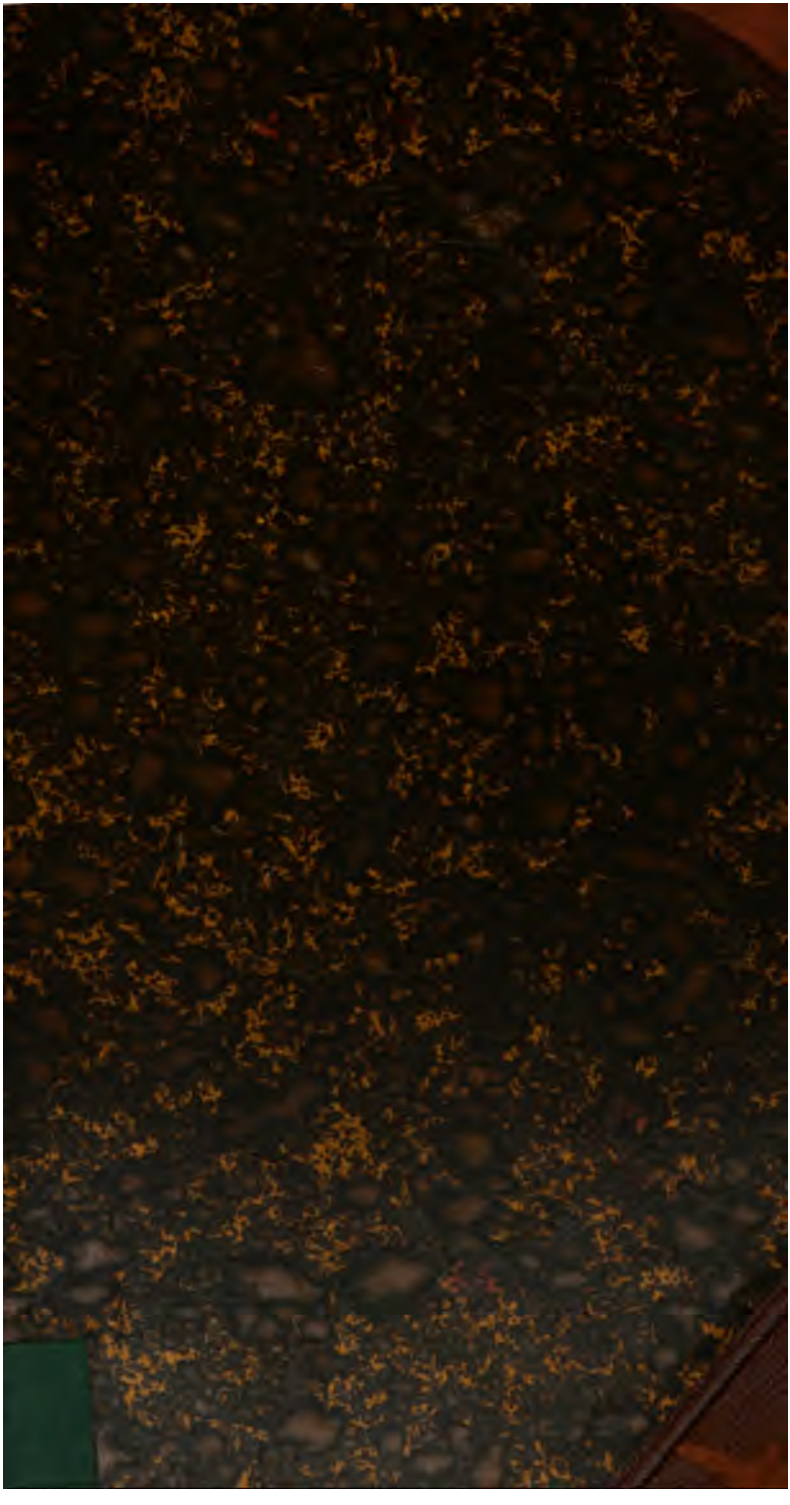
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



HARVARD LAW LIBRARY.

Received Oct. 16, 1900.

Das

Vorschützen der Verjährung.

Zugleich

ein Beitrag zur Lehre von Exceptio und Einrede.

Von

Dr. jur. Ernst Heymann.

Breslau 1895.

Schletter'sche Buchhandlung (Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Den ersten acht Paragraphen der nachfolgenden Abhandlung liegt eine im Anschluß an das civilistische Seminar des Herrn Professor Otto Fischer zu Breslau im Sommersemester 1892 verfaßte Arbeit zu Grunde. —

Bekkers „Übersicht des geschichtlichen Entwicklungsganges der römischen Aktionen", Bd. 15 der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt., konnte nicht mehr benutzt werden, da bei ihrem Erscheinen der Druck dieser Abhandlung bereits vollendet war.

Rec. Oct. 16, 1900.

Meinem hochverehrten Lehrer

dem Königlichen ordentlichen Professor der Rechte

Herrn Dr. jur. Otto Fischer zu Breslau

in ehrerbietigster Dankbarkeit

sowie

Meinen lieben Eltern

Theodor Heymann, Kaiserlichem Postrat,

Bertha Heymann, geb. Pohl,

zugeeignet.

Inhalts-Übersicht.

Seite

§ 1. **Einleitung.** 1

A. Das römische Recht.

§ 2. I. Überblick 13

II. Die einzelnen Fälle zeitlicher Begrenzung:

§ 3. a) Die Fälle des ius civile 19

b) Die honorarische Temporalität:

§ 4. *α)* Allgemeines 24

§ 5. *β)* Ständige Annalklauseln in den Formeln 29

§ 6. *γ)* Actiones temporales ohne ständige Annalklauseln . 34

§ 7. c) Die übrigen Fälle der klassischen Zeit 46

§ 8. d) Die Theodosisch-Justinianische Aktionenverjährung . . . 50

B. Das mittelalterlich-italienische Recht.

I. Das Vorschützen der exceptio im allgemeinen:

§ 9. a) Die exceptio juris der Glosse 61

§ 10. b) Die prozessualische Behandlung der exceptio juris . . . 70

§ 11. c) Die exceptio juris und das germanische Recht. — Kanonisten und Postglossatoren 74

II. Die Behandlung der exceptio praescriptionis:

§ 12. a) Die Glossatoren 87

§ 13. b) Die langobardische Verschweigung 90

§ 14. c) Die spätere italienische Doktrin 100

C. Das moderne Recht.

§ 15. a) Die deutsche Verschweigung des späteren Mittelalters . . 111

§ 16. b) Die ältere romanistische Doktrin und Praxis 119

§ 17. c) Das moderne gemeine Recht 125

§ 18. d) Partikulares und ausländisches Recht 133

§ 19. e) Ergebnisse 141

§ 20. f) Konstruktion 153

§ 21. g) Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich 156

Berichtigung.

In Anmerkung 288, Zeile 1 ist statt: „Fränk. R. u. R.-Gesch." zu lesen „Fränk. R. u. Ger.-Verf."

In Anmerkung 615, Zeile 6, ist statt: „23" zu lesen: „83".

Einleitung.

§ 1. Einleitung.

I. Hinsichtlich der Wirkung der erlöschenden Verjährung finden bezw. fanden sich in der gemeinrechtlichen Doktrin vornehmlich drei Streitfragen. Zunächst erschien es fraglich, ob die Verjährung überhaupt Rechts-Verlust oder nur eine Endigungspräsumtion für das verjährte Recht bewirkte; ferner gehört hierher die berühmte Controverse, ob die Verjährung einer obligatio bezw. actio eine naturalis obligatio zurückläßt oder nicht; und schließlich wird die Frage erörtert, ob die Verjährung vom Richter nur dann berücksichtigt wird, wenn der durch die Verjährung Begünstigte die Verjährung vorschützt, seinen Willen erklärt, daß die Verjährung berücksichtigt werden solle.

Diese letztere Frage soll im Folgenden behandelt werden.

Auch sie beschäftigt sich mit der Wirkung der Verjährung. Denn gerade in der Berücksichtigung durch das Gericht, in der Gewährung des staatlichen Rechtsschutzes äußert sich vorzugsweise die rechtliche Wirksamkeit eines Vorganges. Man hat daher die Frage richtiger dahin zu formulieren: Ist der Eintritt der Verjährungswirkungen von einer — im Prozeß abzugebenden — Willenserklärung des Verpflichteten abhängig?

II. Bei der Erörterung dieser Frage können die beiden anderen soeben erwähnten Streitfragen unberücksichtigt bleiben. Denn die erstgenannte, an die sich noch im Preußischen Allgemeinen Landrecht ein Anklang findet,[1]) ist — abgesehen von der hier nicht interessierenden Immemorialpräscription — in der heutigen gemein-

[1]) Carmer veranlaßte auf Grund von Raves' Schrift de praescriptionibus, in der die Präsumtionstheorie vertreten war, die nachträgliche Einschaltung der später viel erörterten §§ 568, 569 I. 9 A.L.R. Vgl. Savigny, System V. S. 342 ff.; Förster-Eccius, Pr. Pr.R. I. § 57; Dernburg, Pr. Pr.R. I. § 169.

rechtlichen Theorie und Praxis als erledigt zu betrachten.[2]) Niemand zweifelt mehr daran, daß die Verjährung nicht eine bloße Endigungspräsumtion im Gefolge hat, sondern einen wirklichen Rechtsverlust herbeiführt.

Ob dieser Rechtsverlust aber ein totaler oder nur ein partieller ist, ob insbesondere die Verjährung von Obligationen eine naturalis obligatio (und eventuell in welchem Umfange) zurückläßt, darüber streitet man allerdings noch immer.[3]) Indessen kommt auch diese Frage für die Beurteilung der unsrigen nicht in Betracht. Denn sie beschäftigt sich mit der Beschaffenheit der Verjährungswirkung, während wir es mit einer Voraussetzung dieser Wirkung zu thun haben.

Übrigens soll diejenige Gattung der Verjährung, welche von Windscheid Anspruchsverjährung, nach der gewöhnlichen Terminologie Klagenverjährung genannt wird, hier — mit Hölder[4]) — als Forderungsverjährung aufgefaßt und bezeichnet werden. Denn nur die klagbaren Forderungen (dingliche wie persönliche) sind wirklich vollkommene Forderungen. Wird daher einer Forderung durch die Verjährung die Klagbarkeit entzogen, so geht damit die Forderung selbst — mindestens teilweise — zu Grunde; es handelt sich eben bei der naturalis obligatio — wo eine solche etwa zurückbleibt — um ein obligatorisches Verhältnis, welches eine vollwirksame Forderung nicht ist.[5]) Die Forderung bildet also den Gegenstand der Verjährung, nicht das Klagerecht. Diesem letzteren kommt im modernen Recht eine selbständige privatrechtliche Existenz neben dem Forderungsrecht überhaupt nicht mehr zu: Klage ist heute nur der prozessualische Akt. Die Bezeichnung Klagenverjährung giebt daher nicht den wirklichen Sachverhalt wieder. Auf der anderen Seite erscheint es schon mit Rücksicht auf den prozessualischen Anspruchsbegriff (= petitum) nicht zweckmäßig, mit

---

[2]) Schon ältere gemeinrechtliche Schriftsteller, wie Heineccius-Höpfner, Instit. § 993, § 1182, erwähnen die Präsumtionstheorie nicht mehr.

[3]) Vgl. Büchel, Civilrechtl. Erörterungen I. 1 — andererseits F. Dahn, Über die Wirkung der Klagenverjährung 1853 (für die sog. stärkere Wirkung), Bausteine V. 2,1. — Neustens Regelsberger Pand. I. § 186.

[4]) Hölder, Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 73, 1888 S. 141; vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz § 10 (Bek. u. Fisch., Beitr. z. Erl. u. Beurt. des Entw. VI).

[5]) Vgl. Fischer, Pr. Pr.R. S. 43; Wlassak, Artikel actio (III.) bei Pauly-Wissowa, Realencyklopädie I. Sp. 307 (1893) für das römische Recht.

Windscheid an Stelle von „Forderung" die Bezeichnung „Anspruch" zu wählen und demnach von Anspruchsverjährung zu reden.[6])

III. Ebenso wie die Frage nach dem Zurückbleiben der naturalis obligatio besteht auch unsere Streitfrage in der gemeinrechtlichen Theorie dauernd fort;[7]) erst in jüngster Zeit ist sie wiederholt besprochen worden[8]) und Bekker[9]) charakterisiert sie mit Recht als „die endlose, nicht blos gemeinrechtliche, sondern auch in die neueren Partikulargesetzgebungen übertragene Controverse, ob der Richter die Verjährung von Amtswegen zu berücksichtigen habe oder nicht".

Die Frage wird in der neusten Litteratur[10]) gewöhnlich nur für die Forderungsverjährung in dem oben bezeichneten Sinne aufgeworfen. Indessen erscheint es zweckmäßig, sie bei der folgenden Untersuchung nach dem Vorgange älterer Schriftsteller[11]) für die erlöschende Verjährung überhaupt zu behandeln, so daß neben der Forderungsverjährung auch der Untergang der Servituten durch nonusus heranzuziehen ist.[12])

---

[6]) Vgl. Hölder a. a. O., Fischer a. a. O. Jedenfalls ist dieses sprachliche Bedenken gewichtiger als das von Regelsberger, Pand. I. § 181, II. ohne nähere Begründung gegen den Ausdruck „dingliche Forderung" geltend gemachte, da dieser Ausdruck wenigstens eine Doppeldeutigkeit nicht enthält. Er erschien übrigens von jeher den Juristen naturgemäß: schon Azo sagt: qui realiter tenetur, . . grosse dici potest, quod sit realiter obligatus (gl. quod sibi debetur ad § 1 J., de act. 4,6).

[7]) Vgl. Windscheid, Pand. I. § 112; Dernburg, Pand. I. § 137.

[8]) Grawein, Verjährung und ges. Befristung (1880) § 9; Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 73 S. 147 f. (1888); Fischer, Pr. Pr.R. S. 139, 718, R. u. Rsch. § 10 (1889); Hölder, Pand. § 63 (1891); Regelsberger, Pand. I. § 181 (1893); vgl. auch Meischeider, Die alten Streitfragen, S. 70 (Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs III.).

[9]) Bekker, Pand. I. § 28 S. 90.

[10]) So auch von Windscheid und Dernburg, l. l. c. c.

[11]) So Pfeiffer, Prakt. Ausführungen I. No. 2 S. 10 ff.; Krüll, Arch. f. d. civ. Pr. I. S. 406; Lotz (eod. S. 416); Unterholzner, Verjährungslehre I. § 138 geht sogar noch weiter.

[12]) Der moderne Begriff der erlöschenden Verjährung umfaßt lediglich diese beiden Institute. Insbesondere kommt der Verlust des Pfandrechts gegenüber dem gutgläubigen Besitzer in 10 bezw. 20 Jahren hier nicht in Betracht, da die herrschende Meinung darin eine Acquisitivverjährung, „Ersitzung der Pfandfreiheit" sieht (Windscheid, Pd. I. § 248 n. 17; R.Gericht XXII. n. 40), während die Gegner dieser Ansicht (Dernburg, Pd. I. § 292) darin lediglich eine

IV. Die theoretische Bedeutung unserer Frage steht in engem Zusammenhange mit der vielerörterten Frage nach der Berechtigung und dem Wesen des privatrechtlichen Einredebegriffes. Aber auch praktisch ist sie keineswegs unwichtig. Besonders im Versäumnis- und Mahnverfahren wird ihr eine erhebliche Bedeutung beizumessen sein. Ist nämlich der Eintritt der Verjährungswirkung in der That von einer besonderen Willenserklärung des Verpflichteten abhängig, so müßte dem Antrage des Klägers auf Erlaß des Versäumnisurteils auch dann stattgegeben werden, wenn aus seinen eigenen Ausführungen hervorgeht, daß die geltend gemachte Forderung verjährt ist. Ebenso müßte der Amtsrichter den Zahlungsbefehl in dem gedachten Falle auch dann erlassen, wenn aus dem Gesuche des Gläubigers der gesamte Verjährungsthatbestand sich ergiebt. Ist dagegen ein Vorschützen der Verjährung nicht erforderlich, so würde unter gleichen Voraussetzungen weder Zahlungsbefehl noch Versäumnisurteil zulässig sein.

Aber auch im kontradiktorischen Verfahren ist die praktische Bedeutung keine geringe. Der Schuldner einer sonst vollkommen begründeten und gerechten Forderung, die offensichtlich unbefriedigt geblieben ist, wird sich schon im Interesse seines guten Namens nicht leicht entschließen, ausdrücklich zu erklären, daß er von dem Verjährungsrechte Gebrauch machen wolle. Dagegen wird ein weniger gewissenhafter Schuldner es sich vielleicht nicht ungern gefallen lassen, wenn das Gericht ohne sein Zuthun die Klage wegen Verjährung der Forderung abweist.

An und für sich ist die eine wie die andere rechtliche Gestaltung unserer Frage denkbar. Sieht eine Rechtsordnung den Zweck der Verjährung vorzugsweise in der Wahrung öffentlicher Interessen, insbesondere der allgemeinen Sicherheit und der Fernhaltung veralteter Thatbestände von den Gerichten, so wird sie den Eintritt der Verjährungswirkung nicht von dem Willen des ein-

besondere Art der „Klagenverjährung" erblicken. — Der Untergang der Superficies und Emphyteuse in 10 bezw. 20 Jahren scheidet damit zugleich aus; denn er ist nur ein modernes Analogon dieser Pfandverjährung und daher wie diese zu behandeln. In den Quellen ist er nicht nachweisbar: Die l. 1 § 3 D. de superficiebus 47,18 (Windscheid I.[7], § 223 a. 16) redet von einer für kurze Zeit gemieteten superficies; die c. 12 § 4 C. de praescript. long. temp. 7,33 (R.G. l. c.) von der „Ersitzung" der „res incorporales, quae in iure consistunt". Vgl. Dernburg, Pand. I. § 252 n. 5.

zelnen Beteiligten abhängig machen. Wenn dagegen nur beabsichtigt wird, durch die Verjährung den Rechtsfrieden des Einzelnen zu sichern, so kann eher die Geltendmachung derselben auch dem Einzelnen überlassen werden.

V. Der Streit dreht sich bei unserer Frage, wie schon erwähnt wurde, um das Erfordernis einer gerade im Prozeß abzugebenden Willenserklärung. Der Gedanke liegt daher nahe, daß die Frage eine prozessualische sei,[13]) insbesondere, daß sie sich aus den Bestimmungen der C.P.O. über den Prozeßstoff, aus der „Verhandlungsmaxime" beantworten lasse, insbesondere durch die Deduktion, daß der Verjährungsthatbestand nach den Grundsätzen der C.P.O. nicht zu den Klaggrundthatsachen, sondern zu den Einredethatsachen gehöre und deshalb seine Berücksichtigung davon abhängig sei, daß der Beklagte diesen Thatbestand in den Prozeß einführe.[14]) Indessen liefert weder die Verhandlungsmaxime noch das heutige Prozeßrecht überhaupt den maßgebenden Grund für die Beantwortung.

Der Prozeßstoff zerfällt in Rechtssätze, Thatsachen und Parteianträge. Bezüglich der ersteren ist nach der C.P.O. das Gericht an Parteianführungen überhaupt nicht gebunden: iura novit curia. Dagegen darf von thatsächlichem Material nur dasjenige der Entscheidung zu Grunde gelegt werden, was von den Parteien im Verlaufe des Prozesses vorgetragen worden ist: secundum allegata debet iudicari.[15]) Dabei ist aber vollkommen gleichgültig, welche der beiden Parteien eine Thatsache behauptet hat. Schließlich sind von Anträgen — soweit sie hier in Betracht kommen — nur der Klageantrag und der (vom Falle des Anerkenntnisses abgesehen) widersprechende Antrag des Beklagten erforderlich:[16]) weitere Anträge, etwa auf Berücksichtigung der einzelnen zum Prozeßstoff gehörigen

[13]) So Savigny, Syst. V. S. 188; Sintenis, D. pract. gem. Civ.-R. I. § 32, § 31 n. 61. Auch Muther, Kr. Viert. J.-Schr. IX. S. 329 ff. a. E.

[14]) So Planck, Lehrb. d. d. C.P.R. § 73; früher auch Fischer, Pr. Pr.R. S. 718 (der diese Ansicht aber in R. u. Rsch. § 9 aufgegeben hat). Ähnlich schon früher Krüll, l. c.; Lotz, l. c.; Bopp, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 42 S. 107; Unterholzner, Verjährungslehre I. § 138. Vielfach auch die Praxis: Darmstadt, bei Bopp, l. c.; Braunschweig, S. A. 19 n. 8; Reichsgericht, bei Bolze, Praxis des R.G. XI. No. 813.

[15]) Dieser Satz ergiebt sich aus §§ 129, 130, 296 C.P.O. u. arg. a contr. aus § 581 C.P.O. Vgl. Wilmowski und Lewy in der Vorb. zu § 119 C.P.O.

[16]) Vgl. C.P.O. §§ 128, 230.

thatsächlichen Behauptungen, schreibt die C.P.O. nicht vor. Insbesondere verlangt sie nicht ein „Erheben" oder ein rechtlich charakterisiertes Vorbringen der von ihr als Einreden bezeichneten Behauptungen, d. h. derjenigen thatsächlichen Anführungen, welche, auch im Falle der Wahrheit sämtlicher Klaggrundbehauptungen, der Rechtmäßigkeit des geltend gemachten Begehrens entgegenstehen würden. Wenn auch bezüglich der Einredebehauptungen die lediglich durch das eigene Interesse bestimmte Behauptungs- und Beweislast dem Beklagten obliegt, so hindert doch keine Bestimmung des heut geltenden Civilprozeßrechts das Gericht, Einredebehauptungen auch dann in Betracht zu ziehen, wenn sie vom Kläger herrühren, wie es umgekehrt auch eine vom Beklagten erbrachte Ergänzung der Klagbegründung berücksichtigen darf.[17]) Wenn man also auch die Verjährung prozessualisch als Einrede charakterisiert, so ist damit noch nicht ausgeschlossen, daß die Abweisung auch dann ausgesprochen werden muß, wenn die Voraussetzungen der Verjährung aus dem Vortrage des Klägers sich vollständig ergeben.

Dazu kommt im Weiteren, daß zwar die Einteilung des Prozeßthatbestandes in Klaggrund, Einreden, Repliken u. s. w. im Sinne der C.P.O.[18]) zweifellos lediglich für Prozeßzwecke bestimmt ist, daß aber gleichwohl die maßgebenden Gesichtspunkte für die Durchführung dieser Einteilung im konkreten Falle aus der privatrechtlichen Bedeutung des betreffenden thatsächlichen Moments entnommen werden müssen, und sich daher auch a priori nicht bestimmen läßt, ob die Verjährung eine Einrede bildet oder das Nichtverjährtsein zum Klaggrunde gehört.

---

[17]) Vgl. Fischer, Pr. Pr.R. S. 718. — Insbesondere ist auch der von Planck I. § 73 S. 436 ff. behauptete Satz: „das Gericht ist nicht befugt, den verlangten Vorteil ab- oder zuzusprechen, aus einem Grunde, dessen Prüfung nicht beantragt ist", in dieser Allgemeinheit in der C.P.O. nicht enthalten. Planck, der keine Belegstellen für ihn angiebt, hat ihn auch nur dadurch gefunden, daß er von vornherein den Satz des gemeinen Prozesses: „ne iudex eat ultra petita partium" in einem Umfange in die C.P.O. übergegangen sein läßt, in welchem er sogar dem gem. Prozeß selbst fremd war. So sagt Böhmer (J. Eccl. Pr. l. 1 tit. 32 § 13) — und zwar nicht etwa nur mit Beziehung auf den Eheprozeß —: iudicem omnia facere posse, quae ad veritatis indaginationem faciunt, nisi sibi in specie partium implorationem processus hodierni requierunt. Vgl. Muther, l. c.

[18]) §§ 137, 251 C.P.O.

Wenn also ein Vorschützen der Verjährung in jedem Falle für ihre prozessualische Berücksichtigung unerläßlich ist, so bildet diese Willensäußerung keinen durch das Prozeßrecht vorgeschriebenen Antrag, sondern sie gehört zu denjenigen Thatsachen, die vorliegen müssen, damit das Gericht bei seiner Entscheidung das verjährte — relative oder absolute — Recht als nicht mehr bestehend zu behandeln hat, mit anderen Worten: der fragliche Willensakt ist in erster Linie ein privatrechtlicher.

Hieran ändert der Umstand nichts, daß diese Willenserklärung, wenn überhaupt erforderlich, im Prozeß vor dem Richter abzugeben wäre. Auch für die Kompensation erfordert[19]) nur das Privatrecht, daß der Schuldner seinen Aufrechnungswillen dem Gericht gegenüber erklärt.

VI. Überhaupt können die für unsere Frage in Betracht kommenden dogmatischen Gesichtspunkte hier nur angedeutet, nicht aber schon endgültig festgestellt werden. Denn die juristische Konstruktion vermag keine positiven Normen zu schaffen. Sie ist nur berechtigt, soweit sie der systematischen Eingliederung der zunächst anderweit zu ermittelnden positiven Rechtsnormen dient.

Wenn das positive Recht dem Willen des Verpflichteten jeden Einfluß auf die Verjährungswirkungen entzieht, die Verjährung also von Amtswegen berücksichtigt wird, so ist die juristische Konstruktion der Verjährungswirkung eine sehr einfache: mit dem Ablauf der Verjährungszeit ist der durch die Verjährung zu bewirkende Rechtsverlust vollständig, ohne weiteres und unwiderruflich eingetreten.

---

[19]) Daran zweifeln heut nur noch die wenigen Schriftsteller, welche nach dem Vorgange des Glossators Martinus die Kompensation „sine facto hominis" eintreten lassen wollen (vgl. Dernburg, Kompensation S. 288) und diejenigen, die eine außergerichtliche einseitige Kompensationserklärung zulassen, wie jetzt der Entw. d. bürgerl. Gesetzbuchs § 282 (= 332) vorschlägt. Würde man privatrechtlich der Theorie huldigen, daß die Kompensation sine facto hominis eintrete, so würde dadurch zwar die Kompensation nicht aufhören, prozessualisch als Einrede betrachtet zu werden, weil sie nicht zum Klaggrunde gehört und dem Beklagten Behauptungs- und Beweislast bleibt; aber sie müßte alsdann vom Gericht auch ohne Aufrechnungserklärung des Schuldners und selbst in dem Falle berücksichtigt werden, wenn sich der Aufrechnungsthatbestand schon aus dem Vorbringen des Klägers ergeben sollte.

Schwieriger gestaltet sich dagegen die Konstruktionsfrage, wenn ein Vorschützen der Verjährung im Prozeß erforderlich ist, und diese Erscheinung aus dem privatrechtlichen Wesen des Verjährungsvorgangs erklärt werden soll. Zwei Auffassungen würden sich hier schroff gegenüberstehen. Nach der einen würde die Verjährungswirkung, der Rechtsverlust, überhaupt erst mit der im Rechtsstreit abgegebenen Erklärung des Verpflichteten, von der Verjährung Gebrauch machen zu wollen, eintreten — allerdings mit Rückziehung auf den Zeitpunkt der sogenannten Verjährungsvollendung. Von diesem Standpunkte aus würde ohne Prozeß die Verjährung überhaupt nicht in die Erscheinung treten.

Nach der anderen Auffassung könnte man daran festhalten, daß der Rechtsverlust an und für sich schon mit der Verjährungsvollendung einträte und daß es dabei insbesondere dann sein Bewenden hat, wenn es nicht zum Prozeß kommt. Dann ist man aber folgerichtig genötigt, nicht die Geltendmachung der Verjährung durch den Schuldner als Erlöschungsgrund für die Forderung anzusehen, sondern die Nichtgeltendmachung als eine Wiederbegründung der bereits durch Verjährung erloschenen Forderung zn betrachten.

Zwischen diesen beiden Auffassungen bleibt schließlich noch eine dritte. Man könnte zugeben, daß die erste Wirkung der Verjährung schon mit dem Ablauf der Verjährungszeit eintritt, aber diese erste Wirkung nicht als Rechtsverlust, sondern etwa als „Rechtshemmung" auffassen. Dann würde es, wenn es nicht zum Prozeß kommt, lediglich bei dieser Hemmung verbleiben, während im Falle des Prozesses die Hemmung durch die Nichtgeltendmachung der Verjährung beseitigt, dagegen durch das Vorschützen der Verjährung oder durch das wegen Verjährung abweisende Urteil zu einem definitiven Rechtsverlust gestempelt würde.

Welcher von diesen Auffassungen der Vorzug zu geben ist, wird später erörtert werden.

VII. Erst dann kann auch endgültig das Verhältnis unserer Streitfrage zu der Frage nach der Verzichtbarkeit der eingetretenen Verjährungswirkungen festgestellt werden. Heute werden diese Fragen gewöhnlich streng geschieden;[20]) aber ältere Schriftsteller[21])

[20]) Vgl. Windscheid, Pand. I. § 37; Regelsberger, Pand. I. § 186. Aber auch Savigny trennte die Fragen schon: vgl. Syst. V. S. 412 u. 188.

[21]) Vgl. Lotz, l. c.; Unterholzner, l. c. I. § 138; Sintenis I. § 31.

haben beide nicht selten mit einander identifiziert. Hier sei nur ein Punkt hervorgehoben, da er für die Ermittelung der positiven Rechtsnormen von Wichtigkeit ist. Wo die Rechtsordnung den Verzicht auf die Verjährungswirkungen nicht zuläßt, da kann man von vornherein annehmen, daß sie auch nicht den Eintritt der Verjährungswirkungen von einer im Prozeß abzugebenden Willenserklärung des Verpflichteten abhängig macht. Denn die Nichtabgabe dieser Willenserklärung würde in der Wirkung dem Verzicht vollkommen gleichstehen.[22]) Umgekehrt kann man aber natürlich aus der Zulässigkeit des Verzichts nicht das Erforderlichsein des Vorschützens der Verjährung folgern. Denn das Nichtvorschützen ist keineswegs der einzig mögliche, ja nicht einmal der korrekte Ausdruck des Verzichtwillens, zumal im gemeinen Recht der Verzicht regelmäßig als Vertrag auftritt.[23]) Allerdings wird man vielleicht von dieser letzteren Regel gerade für den im Prozeß erklärten Verzicht nach heutigem Prozeßrecht eine Ausnahme machen dürfen.[24])

VIII. Der Versuch, das gegenwärtig für unsere Frage gültige positive Recht festzustellen, bedarf der vorherigen Erforschung der geschichtlichen Entwickelung. Auszugehen ist dabei von dem reinrömischen Recht. Um die Antwort auf unsere Frage nach Justinianischem Recht zu suchen, ist natürlich auch das ältere römische Recht heranzuziehen, da nur auf Grund des klassischen Rechts ein sicheres Urteil über den Justinianischen Standpunkt möglich ist. Im weiteren wird dann zu prüfen sein, wieweit das römische Recht in unserer Frage gemeines deutsches Recht geworden ist. Zu diesem Zweck muß vor allem festgestellt werden, welche Gestaltung unsere Frage in der mittelalterlich-italienischen Theorie und Praxis angenommen hat, insbesondere ob hier langobardische, also deutschrechtliche, und spezifisch kanonistische Einflüsse sich geltend gemacht haben. Erst dann kann untersucht werden, was von dem römischen Recht für unsere Frage in das deutsche Rechtsleben Eingang gefunden hat. Denn nicht das Justinianische Rechtsbuch, sondern im Grunde die „mit germanischen Anschauungen versetzte, halb-

---

[22]) Eine analoge Erscheinung zeigen §§ 247 Abs. 3, 267 Abs. 2 C.P.O.

[23]) Der Verzicht ist regelmäßig zweiseitig; vgl. Wächter, Pand. I. § 69; Windscheid I. § 69 a. E.; Dernburg, Pand. I. § 83.

[24]) Vgl. Wach, Das Geständnis, Z. f. d. civ. Pr. Bd. 64 (1881) S. 242 ff.

moderne“[25]) Doktrin der berühmten italienischen Romanisten und Kanonisten ist von den deutschen Gerichten als „Kaiserliches Recht“ in Anwendung gebracht worden. Sodann wird zu erörtern sein, ob das einmal rezipierte Recht dauernd gemeines deutsches Recht geblieben ist, und besonders, wie sich die moderne Theorie und Praxis zu unserer Frage stellt. Damit wird zugleich für die Frage, wie dieser Punkt in der künftigen Gesetzgebung materiell und formell zu regeln sei, der Boden gewonnen. Natürlich muß für die frühere Zeit bis in dieses Jahrhundert dauernd das Prozeßrecht berücksichtigt werden. Denn dieses hat infolge der einstmaligen Vermischung von Privatrecht und Prozeß vielfach Spuren in dem heutigen Privatrecht zurückgelassen.

[25]) Vgl. Stintzing, Gesch. d. deutsch. R.-Wissensch. I. S. 112.

A. Das römiſche Recht.

I.

Überblick.

§ 2.

Der allgemeine Begriff der erlöschenden Verjährung ist der römischen Jurisprudenz fremd:[26]) denn nirgends wird in den Quellen der nonusus der Servituten mit der — unserer Forderungsverjährung entsprechenden — römischen Aktionenverjährung in Zusammenhang gebracht.[27]) Aber auch diese Aktionenverjährung ist nicht von vornherein ein einheitliches Institut, sondern hat sich aus den verschiedensten Wurzeln ganz allmählich entwickelt und ist erst durch Kaiser Theodosius mit einem etwas gewaltsamen Abschluß bedacht worden. Es wird infolge dessen nötig sein, alle diese einzelnen Fälle zeitlicher Begrenzung in Beziehung auf unsere Frage zu prüfen, und es empfiehlt sich daher, eine Übersicht derselben vorauszuschicken.[28])

Im alten ius civile begegnen uns nur zwei solche Fälle: der Untergang der Servituten durch nonusus und das biennium der lex Furia. Der nonusus stammt sehr wahrscheinlich schon aus alter Zeit; er ist im Anschluß an die usucapio entstanden und hat

---

[26]) Vgl. Windscheid, Pand. I. § 105 n. 6.

[27]) Noch weniger die longi temp. praescriptio des gutgläubigen dritten Pfandbesitzers. Diese erscheint lediglich als analoge Anwendung der später noch zu erwähnenden longi temporis praescriptio der Provinzialgrundstücke (vgl. Justinian c. 8 pr. C. de praescript. XXX. an. 7,39 . . . longi temporis exceptionem contra dominos eius (i. e. rei) vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit). Deshalb und weil wir über ihr Wesen nur sehr dürftig unterrichtet sind, wird sie auch im folgenden nicht weiter für unsere Untersuchung herangezogen.

[28]) Vgl. zum folgenden: Savigny, System V. S. 273 ff.; Puchta, Kursus der Institutionen § 208; Rudorff, R.R.G. II. § 52; Keller-Wach, R.C.Pr. § 93; Demelius, Geschichte der Klagenverjährung (Abhdl. No. I.); Unterholzner, Verjährung I. §§ 6 bis 19, II. § 301; Wlassak, Art. „actio" in Paulys Realencyklopädie I. Sp. 303 bis 323 (1893).

sich auch in dieser Weise weiter entwickelt.[29]) Die lex Furia bestimmte, daß der Gläubiger seine Forderung gegen den Sponsor und Fideipromissor nach Ablauf zweier Jahre verliert:[30]) die actio, d. h. seine civile obligatio und das sie verwirklichende legitime Prozeßmittel ist ihm dann entzogen.

Im Übrigen kennt das ius civile ausschließlich actiones perpetuae.[31])

Anders das ius honorarium. Hier gewährt der Gerichtsmagistrat gewisse amtsrechtliche iudicia (Prozeßformeln, actiones) nur innerhalb bestimmter Zeit, gewöhnlich innerhalb eines annus utilis seit dem Zeitpunkt, in welchem experiundi potestas vorhanden war: „intra annum iudicium dabo", hieß es öfter in den prätorischen Edikten.[32]) Der ursprünglich maßgebende Gesichtspunkt war dabei wohl der von Cassius[33]) angegebene, daß diejenigen actiones, quae rei persecutionem habent, dauernd zustehen sollten, während den Pönal-Aktionen eine zeitliche Grenze gesetzt war.[34]) In der That sind die letzteren — mit wenigen Ausnahmen[35]) — actiones temporales. Aber auch sonst findet sich die Temporalität. So sind die interdicta de vi, quod vi aut clam und fraudatorium annal, ebenso die actio de peculio nach der Emancipation des Hauskindes. Ferner wurde die in integrum restitutio nur innerhalb eines Jahres nach Wegfall des Restitutionsgrundes gewährt, und man beschränkte dementsprechend auch die zu ihrer Verwirklichung gegebenen bezw. mit ihr konkurrierenden Aktionen: so die actio doli, quod metus causa und die sogenannte

[29]) Vgl. Unterholzner, l. c. § 9. Näheres unten.

[30]) Vgl. Gaj. Inst. III. § 121.

[31]) Vgl. Gaj. IV. § 110.

[32]) Nicht alle Fälle der Temporalität beruhen indessen auf ediktalen Verheißungen, worauf unten zurückzukommen ist.

[33]) l. 35 D. de A. et O. 44,7: . . Cassius ait . . quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum.

[34]) Der Grund für diese Gestaltung ist vielleicht zu suchen in dem Wegfall des privaten Interesses an einer Bestrafung des Thäters nach längerer Zeit; vgl. auch Demelius, l. c. § 3 a. E. und § 4.

[35]) Dies waren: a° servi corrupti, a° in furtum adversus nautas, a° de effusis et dejectis, alle prätorischen actiones aus dem Ed.-Tit. de furtis. Diese Ausnahmen erklären sich aus der engen Anlehnung der genannten a^s an solche des Volksrechts, insbesondere an die a° ex lege Aquilia und die a° furti. — Vgl. Demelius, l. c. § 4.

Publiciana rescissoria. Es bildete sich die Annalität außerdem für sämtliche actiones populares heraus,[36]) und die kuruli-schen Ädilen gewährten ihre Formeln für die actio redhibitoria und quanti minoris ebenfalls nur innerhalb bestimmter Zeiträume.

In allen diesen Fällen gehen mit dem Zeitablauf Forderungsrechte verloren. Zwar erkennt die römische Jurisprudenz „amtsrechtliche Obligationen" ursprünglich nicht an;[37]) indessen hat sie sich doch im Laufe der Zeit der Erkenntnis nicht verschließen können, daß eben gerade durch das Rechtsschutzmittel ein Recht, ein Forderungsrecht (obligatio) gegeben war.[38]) — Mehrfach erblickt man in der honorarischen Temporalität — und ebenso in dem civilen biennium ex lege Furia — nicht eine eigentliche Verjährung, sondern eine Legalbefristung.[39]) Es wird hierauf später zurückzukommen sein.

In der klassischen Periode vermehrten sich die Fälle zeitlicher Begrenzung noch um einige weitere. Abgesehen von der Beschränkung der querela inofficiosi testamenti auf ein quinquennium, welche von der Praxis entwickelt wurde,[40]) verdanken alle diese neueren Fälle den Konstitutionen der Kaiser ihr Dasein und beruhen sämtlich auf öffentlich-rechtlichen Erwägungen.

Spätestens im Anfang der Kaiserzeit hatte sich die allgemeine zwanzigjährige Kriminalverjährung herausgebildet.[41]) Im deutlichen Anschluß hieran entstand der Satz, daß gewisse fiskalische Forderungen ebenfalls nur innerhalb von zwanzig Jahren verfolgbar sein

---

[36]) Durch die interpretatio. Vgl. l 8 D. de popul. act. 47,23 und unten.

[37]) Vgl. Wlassak, Römische Prozeßgesetze I. 82 f., II. 355,12, und Wlassak bei Pauly-Wissowa, Realencykl. l. c. Art. actio III.

[38]) l. 6 D. de O. et A. 44,7 Paulus: in omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.

[39]) Vgl. Demelius, l. c. und Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, passim, insbesondere Anm. 122; Schäffer, Mitteilungen aus der Praxis (Ztschr. für Civilr. und Pr. N.F. IX. S. 103 f.).

[40]) Vgl. Demelius, l. c. § 5; Puchta, Inst. II. § 311 n. s.

[41]) Auf den Beginn der Kaiserzeit führen alle erhaltenen Spuren, insbesondere der erste nachweisbare Fall von Kriminalverjährung (S. C. Silianianum — 5 Jahre! l. 29 § 6,7 ad leg. Jul. 43,6); unter Caracalla steht die allgemeine Kriminalverjährung als Regel fest (vgl. l. 10 D. de lege Pomp. 48,9 und l. 19 § 1 D. ad leg. Corn. de fals. 48,10, beide von Paulus). Näheres läßt sich nur vermuten. Vgl. Dambach, Beiträge zur Lehre von der Kriminalverjährung II. § 1 und 2.

sollten. Vielleicht hat dies Titus bestimmt, wenigstens weist auf ihn die erste erhaltene Spur.[42]) Nerva verordnete[43]) dann, daß praejudicia status betreffs Verstorbener fünf Jahre nach deren Tode nicht mehr angestellt werden dürften, und damit stand wohl die Verordnung Hadrians im Zusammenhang, nach welcher die proclamatio in ingenuitatem ebenfalls nur fünf Jahre nach der Freilassung zulässig sein sollte.[44]) Ein Reskript des Antoninus Pius durchbrach dann die Regel, daß die fiskalischen Forderungen nach zwanzig Jahren untergehen, durch die Bestimmung, daß das Recht des Fiskus auf die bona vacantia innerhalb von vier Jahren nach dem Freiwerden der Erbschaft erlöschen solle.[45]) Schließlich wurde von Severus und Caracalla[46]) verordnet, daß die Konfiskation von Gegenständen, die infolge von Zolldefraudationen dem Fiskus verfallen waren, ebenfalls nur vier Jahre nach begangener That zulässig sein sollte. Alle diese Forderungen erlöschen mit Ablauf der Zeit durch Entziehung des Rechtsschutzes, der ihnen allen in der extraordinaria cognitio gewährt wird: „quaestio cessat".[47])

---

[42]) l. 1 § 3 D. de J. F. 49,14: praescriptio autem viginti annorum, quae etiam circa requirendorum adnotatorum bona observatur, ex constitutione divi Titi (so die Florentina — vgl. Dambach, l. c.) solet ex eo numerari, ex quo quid ad fiscum pertinere potuit. Andererseits berichtet Marcian (l. 3 D. de requirend. 48,17): quamcunque enim quaestionem apud fiscum si non alia sit propria praescriptio, viginti annorum silentio praescribi divi principes (d. h. Severus und Caracalla) voluerunt. Die beiden Stellen lassen sich am besten durch die Annahme vereinigen, daß Titus in Anlehnung an die ältesten, kürzer befristeten Fälle der Kriminalverjährung jene Fälle, bei denen „alia propria praescriptio" vorkommt, geschaffen hat, Severus und Caracalla aber, mit Rücksicht auf die zu ihrer Zeit feststehende allgemeine zwanzigjährige Kriminalverjährung (vgl. Anm. vorher) das Institut des Titus ebenfalls zu einem allgemeinen erhoben und mit der zwanzigjährigen Frist ausgestattet haben.

[43]) l. 4 D. de statu def. 40,15.

[44]) l. 2 pr. § 1, l. 4 D. si ingenuus esse dic. 40,14. Vgl. l. 1 § 2 D. ne de statu 40,15, wonach auch er sich mit den Statusklagen beschäftigte.

[45]) l. 1 § 2 D. de J. F. 49,14.

[46]) c. 2 C. de vertig. et commiss. 4,61.

[47]) l. 4 D. ne de statu def. 40,15 (Callistratus): Claudius rescripsit .. cessare quaestionem. — Zur cognitio extraordinaria gehörten die Fiskalsachen seit Claudius bezw. Nerva (Bethmann-Hollweg C.Pr. § 81 n. 28 ff.), die Statussachen sicher schon zur Zeit des Septimius Severus. Für die letzteren bestand der Formularprozeß neben der extraordinaria cognitio lange Zeit fort. Möglich ist, daß zur Zeit Nervas in Status-Sachen diese ordinaria

Hiermit endet die klassische Periode. Auch während dieser findet sich also die zeitliche Begrenzung nur in einer beschränkten Anzahl verschiedenartiger Fälle: erst in der vierten Periode bildet sich das allgemeine Institut der Aktionenverjährung — allerdings auf etwas verschlungenen Wegen.

Die schon seit der klassischen Zeit als Surrogat der usucapio für die Provinzialgrundstücke bestehende longi temporis praescriptio X vel XX annorum[48]) wurde der Ausgangspunkt. Constantin verordnete[49]) nämlich, daß bei vierzigjährigem Besitze diese praescriptio gegenüber den actiones in rem speciales auch wirken solle, wenn das bonum initium fehle. Obwohl dieses Constantinische Gebilde zunächst noch den Charakter einer Ersitzung, einer Acquisitivver-

---

cognitio noch die allein zulässige war. Denn wann der praetor de liberalibus causis zuerst eingesetzt wurde, ist ungewiß, sicher nachweisbar ist er erst für den Anfang des dritten Jahrhunderts (vgl. Wlassak in Grünhuts Zeitschr. XIX. S. 709 ff.). Immerhin wäre es auffallend, wenn bereits Nerva durch ein Edikt auf die Rechtsprechung im ordinarium judicium eingewirkt haben sollte. Eher mag wohl der Prätor nach Analogie des für die extraordinaria cognito eingeführten quinquenniums ein solches mittels exceptio auch für das im Text erwähnte praejudicium status in Anwendung gebracht haben. Jedenfalls war die thatsächliche Bedeutung der ordinaria cognitio in Statussachen seit dem Bestehen des praetor de liberalibus causis nur sehr gering (vgl. auch Wlassak, l. c.).

[48]) Daß sie aus den Provinzialedikten stammt, wird allgemein angenommen, weil sie in den Ediktskommentaren des Urbanedikts nicht erwähnt wird (vgl. Lenel, Edictum S. 403; Dernburg, Pand. I. § 219). Zugleich diente sie wohl auch der Ersitzung von Mobilien durch Peregrinen. Man kann das daraus schließen, daß Caracalla, welcher den Unterschied zwischen Peregrinen und cives beseitigte, ganz allgemein bestimmte: ut in rebus mobilibus locus sit praescriptioni diuturnae possessionis (l. 9 D. de div. temp. praescr. 44,3).

[49]) Die Verordnung wird erwähnt von Valens und Valentinian in der c. 2 C. de praescr. XXX. vel XL. an. 7,39: Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogativa praefertur, ut eos post quadraginta annorum spatia, qualibet ratione decursa, inquietare non liceat, cum lex Constantineana iubeat, ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt. Schon zur Zeit Theodosius des Großen, oder kurz nach ihm war übrigens die Frist auf 30 Jahre reduziert; denn Symmachus V. 52 (V. 54 Seeck. — Theodosius I. † 395; der Brief gehört nach Seeck ins Jahr 396 oder 397) sagt: Ampelium parvas aedes emisse reminisceris: XXX annorum diebus incanuit aetas possessionis; nunc procurator ... non possessionis antiquitatem sinit inconcussam manere. Vgl. Demelius, l. c. § 11.

jährung beibehielt, verflüchtigte sich derselbe doch sehr schnell.[50]) Schon unter den Söhnen Constantins versuchte die Praxis, die praescriptio auf persönliche Aktionen zu erstrecken,[51]) und diese Entwicklung schritt — trotz des Widerstandes der Kaiser — unaufhaltsam vorwärts. Theodosius II. gab ihr im Jahre 424 schließlich nach und dehnte die longissimi temporis praescriptio XXX annorum, welche zu seiner Zeit den Ersitzungscharakter bereits vollkommen verloren hatte,[52]) von den actiones in rem speciales auf sämtliche Aktionen, mit verschwindend wenig Ausnahmen aus.[53]) Hierbei empfand Theodosius nicht mehr den Unterschied zwischen der damaligen langissimi temporis praescriptio und den Fällen, in denen bereits früher Aktionen mit dem Zeitablauf untergingen, ein Umstand, der — wie sich unten zeigen soll — für unsere Frage nicht ohne Bedeutung ist.

Das Theodosische Recht ist das jüngste römische geblieben. Die Kaiserkonstitutionen der Folgezeit enthalten nur Bestätigungen, Einschärfungen oder ganz unbedeutende Abänderungen des Verjährungsgesetzes von 424.[54])

---

[50]) Das beweist u. a. die c. 2 C. cit. von Valens und Valentinian.

[51]) Dagegen wenden sich die Kaiser in der c. 2 C. Th. de long. temp. praescr. 4,13: Annorum XL praescriptio, quam vetustatem leges ac jura nuncupare voluerunt, admittenda non est, cum personalis actio intenditur.

[52]) Näheres unten.

[53]) Durch die berühmte c. una C. Th. de act. cert. temp. 4,14.

[54]) Dieses ist in den Codex Just. übergegangen als c. 3 C. de praescr. XXX vel XL ann. 7,39.

II.

Die einzelnen Fälle zeitlicher Begrenzung.

a) Die Fälle des ius civile.

§ 3.

I. Wenn wir die beiden civilen Fälle zeitlicher Rechtsbegrenzung auf unsere Frage hin prüfen, so ergiebt sich zunächst für den Untergang der Servituten durch nonusus mit Sicherheit, daß seine Wirksamkeit, seine Berücksichtigung bei der Urteilsfällung nicht von einem besonderen Willensakte des Begünstigten im Prozeß abhängig war. Dies folgt schon daraus, daß das Institut des nonusus vermutlich in enger Anlehnung an die usucapio von der interpretatio herausgebildet worden ist. Für diese Annahme spricht besonders die gleiche Zeitbestimmung bei beiden Instituten: ebenso wie es in den XII Tafeln vom Eigentum hieß:

usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus,

so sagt Paulus[55]) von den Servituten in ganz analoger Weise:

non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno.

In den Fällen der „libertatis usucapio" war auch der Name der gleiche,[56]) und endlich wurde Titel und bona fides ursprünglich

[55]) Paulus, Sent. III. 6 § 30. — Die Prädialservituten gingen dementsprechend stets durch zweijährigen nonusus unter: arg. c. 13 C. de servitutibus 3,24 . . ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio . . sed decennio . . vel viginti annorum spatio.

[56]) Karlowa, R.R.G. S. 547 will allerdings die libertatis usucapio vom nonusus streng geschieden wissen. Aber die von ihm bei Paulus (l. 4 § 28 [29] D. 41,3) vermißte Gleichstellung beider findet sich deutlich bei Gajus (l. 6 D. de serv. praed. urb. 8,2): . . . similiter non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod . . vicinus simul libertatem usucapiat. Paulus aber

ebenſowenig für die usucapio wie für den nonusus erfordert.[57]) Hiernach liegt unverkennbar ein Zuſammenhang vor, natürlich nicht ſowohl ein juriſtiſch-dogmatiſcher, als vorwiegend ein hiſtoriſcher. Ein ſolcher berechtigt aber ſchon zu der Annahme, daß beide Inſtitute gleichartig behandelt wurden, wenigſtens überall da, wo nicht etwas anderes bezeugt iſt oder unabweislich gefolgert werden muß. Daß nun die beſondere Geltendmachung der usucapio ſeitens des Uſukapienten gegenüber der Vindikation des früheren Eigentümers niemals gefordert worden iſt, iſt unbeſtritten.[58]) Der Uſukapient wird eben mit Ablauf der Uſukapionszeit vollberechtigter Eigentümer, das Eigentum des Vorgängers erliſcht, und der iudex muß infolge deſſen auf Grund der Formelworte „si paret rem A^i A^i esse ex J. Q. c. s. n. p. absolve“[59]) den Beklagten ohne weiteres abſolvieren, wenn ihm das Vorliegen der Uſukapionsthatſachen, gleichviel von welcher Seite, bekannt geworden iſt. Schon aus dieſer Behandlung der usucapio können wir — bei dem gänzlichen Mangel entgegenſtehender Zeugniſſe — auf eine gleiche Behandlung des nonusus ſchließen.

Indeſſen beſtätigen dies die Quellen auch poſitiv. Nach der ganzen Ausdrucksweiſe der Juriſten iſt es unzweifelhaft, daß nach römiſcher Auffaſſung die Servitut durch den Nichtgebrauch ohne weiteres untergeht. So ſagt Gajus von den Realſervituten: „non utendo pereunt“;[60]) ſo ſpricht Pomponius von „amitti usum fructum non utendo“.[61]) Vor allem aber berichtet Juſtinian[62]) von den älteren Juriſten:

> Corruptionem usus fructus multiplicem esse veteribus placuit, vel morte usufructuarii vel capitis deminutione vel non utendo.

ſpricht natürlich ausſchließlich von der „usucapio“ libertatis, weil er eben gerade einer mißverſtändlichen Auslegung des Wortes „usucapio“ im Text der l. Scribonia entgegentreten will.

[57]) Vgl. Dernburg, Pand. I. § 219.

[58]) Wenigſtens läßt ſich dies aus dem Schweigen der Schriftſteller über dieſen Punkt mit Sicherheit folgern. Vgl. Dernburg, Pand. I. § 219 ff.; Windscheid, Pand. I. § 175 ff.

[59]) Entſprechend Gajus IV. 45.

[60]) l. 6 D. de serv. praed. urb. 8,2.

[61]) l. 25 D. q. mod. ususf. 7,4.

[62]) c. 16 C. de usufr. 3,33.

Hier wird der Untergang der Dienſtbarkeit durch nonusus ganz unbefangen neben Untergangsarten aufgeführt, deren Wirkſamkeit offenbar ſchon der Natur der Sache nach nicht von einer Geltendmachung im Prozeß[63]) abhängt. In gleicher Weiſe werden in einer Inſtitutionenſtelle[64]) außer den ſoeben genannten Aufhebungsgründen noch die Konſolidation, der Untergang der dienenden Sache durch Feuer, Erdbeben u. ſ. w. dem nonusus zur Seite geſtellt. Schließlich beſtätigt dieſelbe Inſtitutionenſtelle für den usufructus ausdrücklich, daß, falls einer der genannten Endigungsgründe eingetreten iſt, das Eigentum ſofort von ſelbſt frei wird:

Cum autem finitus fuerit usus fructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem.

Mit ordnungsmäßigem Ablauf des annus bezw. des biennium beſteht alſo eine Dienſtbarkeit nicht mehr.

Gerade auf das Beſtehen oder Nichtbeſtehen des abſoluten Rechts ſind aber in der klaſſiſchen Zeit die der Geltendmachung der Servituten dienenden Prozeßformeln abgeſtellt.[65]) So lautet z. B. die actio confessoria für den Uſusfrukt höchſtwahrſcheinlich:[66])

Si paret A° A° ius esse eo fundo, q. d. a. invito N^i N^i uti frui, neque ea res arbitrio tuo A° A° restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam N^m N^m A° A° condemna, si non paret absolve.

Hier kann von dem Erfordernis einer Geltendmachung des nonusus keine Rede ſein. Wenn der iudex bemerkt, daß das „ius non utendo finitum est", hat er — ſeiner Anweiſung gemäß — ohne weiteres zu abſolvieren.

Angeſichts dieſer Thatſachen nimmt denn heute wohl auch niemand mehr an, daß in Rom die Wirkſamkeit des nonusus von

---

[63]) So fehlt nach dem Erlöſchen des — höchſt perſönlichen — ususfructus durch Tod des Uſufruktuars offenbar jedem Dritten von vornherein die Aktivlegitimation für die confessoria.

[64]) § 3 J. de usufr. 2,4. Die Stelle enthält lediglich eine Auslegung des klaſſiſchen Rechts; denn Justinian hat dieſes, wie die c. 16 C. cit. beweiſt, hier unverändert übernommen. Vgl. unten.

[65]) Wenn auch mit Beziehung auf den Beklagten. Vgl. Lenel, Edictum S. 152, 149; Wlassak in Pauly-Wissowa Realencyklopädie I. Art. actio in rem Sp. 314.

[66]) Vgl. Lenel, Edictum S. 149.

einem Vorschützen desselben abhängig gewesen wäre. Es gilt dies nicht nur für die klassische, sondern auch für die spätere Zeit. Denn auch im jüngsten römischen Recht hat der nonusus — wie die vorerwähnten Quellenzeugnisse[67]) beweisen — seinen alten Charakter in fortwährender Anlehnung an die Ersitzung[68]) treu bewahrt.

II. Ebenso wie für den nonusus beantwortet sich unsere Frage für das biennium ex lege Furia. Die Quellen bieten hier infolge des späteren Verschwindens der sponsio und fidepromissio allerdings nur geringe Ausbeute. Was sie aber geben, spricht entschieden gegen das Erfordernis einer besonderen Geltendmachung des biennium. Gajus,[69]) dem wir die einzige Kunde von dem biennium verdanken, sagt:

> Item sponsor et fidepromissor ex lege Furia biennio liberantur . . . sed cum lex Furia tantum in Italia locum habeat, evenit, ut in ceteris provinciis sponsores quoque et fidepromissores proinde ac fidejussores perpetuo teneantur

Also durch das biennium selbst wird der sponsor frei (biennio liberatur), und zwar so, daß er nicht mehr haftet (tenetur). Seine civile Obligation ist also erloschen — denn (actione) teneri hat denselben Sinn wie obligatum esse.[70]) Kein Unbefangener wird hinter den Ausdrücken des Gajus das Abhängigsein der Liberationswirkung von einem Vorschützen des biennium im Prozeß finden können.[71])

So sprechen denn auch die mutmaßlichen gesetzgeberischen Motive der lex Furia mit Entschiedenheit für die hier vertretene Auffassung. Das Gesetz ist nämlich höchstwahrscheinlich bald nach

---

[67]) Besonders die c. 16 cit.

[68]) Noch Justinian hielt es für nötig, den für den nonusus erforderten Zeitraum der damaligen Ersitzungsfrist für Immobilien (10 bezw. 20 Jahre) gleich zu machen. Vgl. c. 16 § 1 de usufr. 3,33.

[69]) Gajus III. 121, 121 a.

[70]) Vgl. Wlassak in Pauly-Wissowa, l. c., Art. „actio" III. Sp. 307.

[71]) Die Annahme von Demelius (Abh. I. § 3 S. 16), daß das biennium ope exceptionis geltend gemacht worden sei, entbehrt jeder quellenmäßigen Grundlage (vgl. Savigny, Syst. V. § 250 b). Im übrigen würde auch ihre Richtigkeit an unserer Auffassung nichts ändern — darüber weiter unten.

dem zweiten punischen Kriege entstanden[72]) und stellt sich somit dar als eine Frucht der damaligen Reaktionsbewegung, die sich gegen den in Rom eindringenden Hellenismus richtete und besonders in dem älteren Cato ihre Verkörperung fand. Der persönliche Wert eines Mannes und damit seine Bedeutung für den Staat äußerte sich — nach der Auffassung dieser politischen Richtung — vor allem in einer geordneten Privatwirtschaft und dem erfolgreichen Streben nach Vermehrung des Ererbten. So verfiel man — durch Übertreibung eines berechtigten Gedankens — im Kampfe gegen die nahende Korruption auf ein System vermögensrechtlicher Bevormundung. Man suchte jede Verschwendung des Einzelnen zu verhindern, und eine Verschwendung sah man von vornherein in jeder Liberalität: aus diesem Grunde wurden durch die lex Cincia die Schenkungen, durch die lex Furia testamentaria die Legate beschränkt. Hier reiht sich unsere lex Furia vortrefflich an. Denn auch die Bürgschaft war damals eine — vielgeübte — Liberalität, und ihre zwangsweise Einschränkung ergänzte jene anderen Gesetze aufs beste. Mit diesem Zweck des Gesetzes ist aber das Erfordernis einer Geltendmachung der Liberation unvereinbar, — denn die Nichtgeltendmachung wäre Verzicht und damit wiederum die verbotene Liberalität gewesen.

Schließlich ist das biennium ex lege Furia seiner juristischen Natur nach — wie bereits erwähnt — mehrfach[73]) als Legalfrist im Gegensatz zur eigentlichen Verjährung charakterisiert worden. Auch hieraus könnte man — mit Grawein[74]) — die Richtigkeit unserer Ansicht zu folgern geneigt sein. Indessen soll auf diesen Punkt — hier wie auch im Folgenden — in keiner Weise Wert gelegt werden. Denn selbst energische Verfechter der Distinktion zwischen Legalfrist und Verjährung für das römische Recht — wie Demelius[75]) — haben diesen Schluß nicht ziehen wollen. Bei

[72]) Vgl. darüber Pernice (Zeitschr. der Sav. Stift. f. R.G. VII. rom. Abt. „Ferrini, Storia" etc. S. 157); Wlassak, R.Pr.Ges. II. S. 156 a. 41. Auch Mommsen (Röm. Gesch. I.[8] Kap. XII. S. 850) vertritt diese Auffassung. Der frühere Ansatz (vgl. Huschke, Gajus S. 84; Puchta, Inst. I. 162; Rudorff, R.R.G. I. § 20) ist mit der Lesart „Valeria" (statt „Vallia") Gajus, Inst. IV. 25 hinfällig geworden.

[73]) Demelius, l. c., Abh. I. § 2; Puchta, Inst. § 208.

[74]) Grawein, Verj. u. ges. Befr. § 9 II.

[75]) Demelius, l. c. § 3 S. 16.

solcher Unsicherheit erübrigt sich hier eine eingehende Untersuchung über die Berechtigung des ganzen Gegensatzes und über seine Bedeutung für das römische Recht, zumal — wie Grawein[76]) selbst anerkennt — auf der anderen Seite aus dem Begriff der Verjährung dogmatisch keinesfalls das Erfordernis ihrer Geltendmachung deduziert werden kann. Nur die Möglichkeit dieses Schlusses aber würde für uns von Bedeutung sein. Denn wo er sich nicht unabweisbar aus der Natur der Sache ergiebt, kann, falls nicht besondere positive Bestimmungen entgegenstehen, ohnehin — wie bei den soeben betrachteten beiden civilen Fällen zeitlicher Rechtsbegrenzung — von dem Erfordernis des Vorschützens keine Rede sein.

b) Die honorarische Temporalität.

§ 4.

a) Allgemeines.

Wir gelangen zu den Fällen honorarischer Temporalität. Hier tritt uns ein Moment entgegen, dem von Alters her bei der Behandlung unserer Frage die größte Wichtigkeit beigelegt worden ist: Die zeitliche Begrenzung der actiones temporales wird durch die Einschaltung einer exceptio[77]) in die formula zum Ausdruck gebracht. Hieraus wird immer wieder[78])

---

[76]) Grawein, l. c. § 9 I., besonders S. 172. Über und gegen Grawein vgl. Strohal, Grünhuts Zeitschr. IX. S. 61 ff.

[77]) Sie wird mehrfach als exceptio annua bezeichnet (z. B. l. 30 § 5 D. de pec. 15,1; l. 15 § 5 quod vi aut clam 3,24 etc.) Einmal nur findet sich für sie die Bezeichnung exceptio temporis. Übrigens handelt die betr. Stelle (l. 1 D. si ingenuus esse dicatur 40,14 Marcellus) vielleicht nicht von der honorarischen Temporalität, sondern von der durch Konstitutionen geschaffenen zeitlichen Begrenzung der status controversiae. Indessen wird diese letztere sonst stets praescriptio genannt (vgl. Anm. 199), und man wird deshalb annehmen können, daß Marcellus hier die zu seiner Zeit vielleicht noch häufig (oder gar ausschließlich, vgl. Anm. 47) vorkommenden Fälle im Sinn hat, in denen die controversiae status im Formularprozeß entschieden wurden und in denen daher die zeitliche Begrenzung durch die prätorische exceptio zum Ausdruck kommen mußte (vgl. Anm. 199). Man kann demnach den Ausdruck exceptio temporis jedenfalls für die prätorische Temporalität in Anspruch nehmen. Über den Charakter der exceptio annua weiter unten.

[78]) Vgl. von älteren Schriftstellern z. B.: v. Gönner, Handbuch I. S. 252; Lotz (Arch. f. d. civ. Pr. I. No. 29); von neueren: Demelius, Abh. I. S. 16; Windscheid, Pand. I. § 112; Dernburg, Pand. I. § 137.

gefolgert, daß die Wirksamkeit dieser zeitlichen Beschränkung von einer besonderen Willenserklärung abhängig war. Dieselbe Argumentation ist nun aber nicht nur auf die honorarische Temporalität, sondern sie ist auf alle römischen Fälle zeitlicher Begrenzung angewendet worden, bei welchen die Römer von exceptio temporis oder ähnlich reden, insbesondere auf die Aktionenverjährung des Theodosius[79]). Wenn daher im Folgenden der Nachweis gelingt, daß diese Deduktion für die honorarische Temporalität nicht haltbar ist, so fällt damit zugleich ein Hauptargument, ja wohl das einzige Argument derjenigen, welche für das römische Recht ein Vorschützen der Verjährung fordern.

Von vornherein ist der Gedanke zurückzuweisen, als sei etwa in iudicio eine solche Willenserklärung in dem Sinne erfordert worden, daß der iudex nur im Falle der besonderen Geltendmachung der Temporalität auf die in der Formel gegebene zeitliche Begrenzung geachtet hätte. Die Formel sagt von einer solchen „Erhebung" nichts, vielmehr weist sie den iudex strikte an, nur dann zu kondemnieren, „si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuerit" — (so lautet nämlich die exceptio annalis gewöhnlich)[80]). Der iudex hatte die Formel streng zu befolgen und mußte in seiner Interpretation sehr peinlich sein:[81]) es bleibt also in iudicio kein Raum für ein Vorschützen der Temporalität. Dieses könnte also — wenn überhaupt erforderlich — nur in iure, vor dem Gerichtsmagistrat stattgehabt haben.

Hier giebt nun allerdings der Beklagte eine Willenserklärung ab, in der man ein Geltendmachen der exceptio temporis, wie überhaupt jeder exceptio, suchen könnte: bei der Litiskontestation. Diese ist — wie Wlassak nachgewiesen hat[82]) — ein auf Grund der Schriftformel abgeschlossener formaler Novationsvertrag der Parteien: diese äußern durch Übergabe und Annahme der Formel ihr Einverständnis über das in derselben ausgedrückte „Prozeß-

[79]) Hier wird gewöhnlich praescriptio mit exceptio identifiziert; nicht immer mit Recht. Vgl. unten Anm. 217.

[80]) Vgl. Lenel, Edictum § 273.

[81]) Für die ältere Zeit beweist das besonders die subtile Interpretation der Formelworte in Ciceros Reden. Vgl. die Anhänge zu Bethmann-Hollweg, C.Pr. II.

[82]) Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozeß (besonders S. 24 und 56).

programm". Man könnte nun sagen: der Beklagte „accipit" die Formel (iudicium) mit der exceptio und damit macht er diese auch zu seiner Verteidigung geltend. Damit wäre der gesuchte Willensakt nachgewiesen.

Indessen — diese Art der Geltendmachung kommt für unsere Frage nicht in Betracht. Denn — genau genommen — äußert ja der Beklagte nicht den Willen, gerade auf Grund der Temporalität absolviert zu werden; er erklärt sich vielmehr lediglich damit einverstanden, daß an Stelle der bisher zwischen ihm und dem Gegner bestehenden Obligation[83]) eine bedingte Prozeßobligation treten solle, und zwar eine Obligation des Inhalts, wie sie die von ihm in Empfang genommene Formel ausdrückt. Weiter ins Einzelne braucht sein Wille nicht zu reichen. Denn was in der Formel steht, den Inhalt der neuen Obligation bestimmen nicht lediglich die Parteien, vielmehr steht dem Magistrat eine erhebliche Einwirkung zu. Nur so wie dieser die Formel als Ganzes genehmigt hat, kann sie zur Streitbefestigung verwendet werden, nur im Ganzen kann der Beklagte sie annehmen oder ablehnen. Demnach braucht sich auch die in der Litiskontestation liegende Willenserklärung des Beklagten nicht auf die einzelnen in der Formel ausgedrückten — negativen und positiven — Kondemnationsbedingungen[84]) zu richten,[85]) sondern auf die Formel als Ganzes: daß Beklagter jedes einzelne in die Formel aufgenommene Verteidigungsmittel „vorgeschützt" haben müsse, läßt sich von vornherein nicht annehmen. Wollte man dies aber auch nicht zugeben, so ist noch aus einem anderen Grunde die in der Streitbefestigung liegende Willenserklärung des Beklagten für uns unerheblich. Sie ist nämlich jedenfalls keine freie, wenigstens nicht im Sinne des täglichen Lebens: denn wenn

---

[83]) Nämlich bei den actiones in personam; über die actiones in rem vgl. Wlassak bei Pauly-Wissowa, Realencyklopädie, Art. actio in rem Sp. 314.

[84]) M. Wlassak bemerkt mir mündlich, daß er dem oben Gesagten und den daraus abgeleiteten Folgerungen nicht zustimmen könne.

[85]) Wollte man dies annehmen, so müßte man übrigens folgerichtig auch von einem Geltendmachen der ipso iure in der intentio enthaltenen Verteidigungsmittel sprechen, ja es würden in diesem Sinne die Parteien nicht nur das ihnen Günstige, sondern auch das ihnen Ungünstige des Formelinhalts geltend machen: die exceptio würde also auch vom Kläger vorgeschützt. Man könnte das rein theoretisch allerdings sagen — praktisch wäre ein solches Vorschützen gänzlich bedeutungslos.

der Beklagte sie nicht abgiebt, so treffen ihn die Strafen des indefensus.[86]) Der Staat erzwingt also diese Willenserklärung, soweit sich eine solche überhaupt erzwingen läßt, die Initiative liegt beim Staate: wir suchen aber gerade nach einer Willenserklärung, die abzugeben oder nicht abzugeben dem Beklagten vollkommen überlassen bleibt, eine Willenserklärung, die vom Staate abgewartet wird. Schon deshalb kommt die Willensäußerung des Beklagten, welche in dem „iudicium accipere" liegt, für uns nicht in Betracht.

Es bleibt also nur die Möglichkeit übrig, daß das Vorschützen der Temporalität in dem der Litiskontestation vorausgehenden, unter Mitwirkung des Gerichtsmagistrats stattfindenden Verfahren seine Stelle hätte. Den Inhalt dieses Verfahrens bildet aber, soweit er für uns in Betracht kommt, die Redaktion der Prozeßformel bezw. die Entscheidung darüber, ob die Prozeßformel überhaupt erteilt oder denegiert werden soll. Es fragt sich somit allein noch, ob die exceptio temporis in die Schriftformel nur auf Antrag des Beklagten aufgenommen wurde.[87])

Für die Untersuchung dieser Frage ist es zweckmäßig, die Fälle der honorarischen Temporalität in zwei Gruppen zu scheiden.[88])

Die erste Gruppe umfaßt diejenigen Fälle, in welchen der Prätor oder Ädil die betreffende Prozeßformel (iudicium) von vornherein nur für bestimmte Zeit verheißen hatte: „intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, iudicium dabo", sagten die Edikte.[89])

---

[86]) Vgl. Keller, R.C.Pr. § 65; Bekker, Aktionen II. S. 176.

[87]) Damit erledigt sich zugleich die Frage, ob der Magistrat die actio auch ohne Antrag denegierte, wenn die Voraussetzungen der exceptio in iure feststanden. Vgl. den Schluß von § 5.

[88]) Vgl. Lenel, Edictum § 9; Wlassak, Edikt und Klageform, S. 84 n. 19.

[89]) Nachweisbar ist es für folgende Edikte: 1) Ed. über die a° de turba und a° vi bonorum raptorum (vgl. l. 4 pr. vi bonorum raptorum 47,8: Praetor ait: cuius dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno, quo primum d. e. r. exp. pot. fuerit, in duplum, post annum in simplum iudicium dabo). 2) Ed. über die a° de calumniatoribus (arg. l. 1 pr. de cal. 3,6 Ulpian: . . . intra annum in quadruplum, . . post annum simpli in factum actio competit). 3) Ed. über die a° de dolo (vgl. hierüber Lenel, Edictum § 40 S. 92 n. 15, S. 93). 4) Ed. Quibus ex causis maior. (l. 1 D. ex quibus causis 4,6: verba edicti talia sunt: . . . earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit . . . in integrum

Nicht jede dem honorarischen Rechtskreise angehörige zeitliche Begrenzung beruht aber auf solcher ediktaler Verheißung: in anderen Fällen — und diese bilden die zweite Gruppe — war die Temporalität sicher nur ein Produkt der Wissenschaft. Dies ergiebt sich aus der Art und Weise, in welcher die Juristen öfter von der Annalität der Aktionen reden.[90]) Das beste Beispiel bietet hierfür die actio aus dem Edikts-Titel: „quod falso tutore gestum esse dicatur". Im Edikt für diese actio stand von deren Annalität nichts.[91]) Trotzdem war sie annal, denn Ulpian[92]) berichtet uns:

> has in factum actiones heredibus quidem competere ceterisque successoribus, in eos vero non reddi, Labeo scribit nec in ipsum post annum, quoniam et factum puniunt et in dolum concipiuntur.

Nicht auf dem Edikt, sondern auf der Deduktion Labeos beruht also die Annalität dieser actio. Ähnlich liegt es bei den actiones populares.

---

restituam). 5) Ed. über die a° de peculio annalis (l. 1 pr. D. quando de pec. 15,2: Praetor ait: . . . in anno quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo). 6) Ed. „si ventris nomine etc." (l. un. § 3 D. si mulier 25,6: hanc actionem intra annum pollicetur). 7) Ed. „quod Publicanus vi ademerit" (arg. l. 1 pr. D. de publ. 39,4). 8) Ed. „si incendio, ruina, naufragio" l. 1 pr. h. t. 47,9 Praetor ait: . . in quadruplum in anno, post annum in simplum iudicium dabo). 9) Ed. über die a° Pauliana (l. 1 pr. D. quae in fraudem cred. 42,8 . . . intra annum quo experiundi potestas fuerit actionem dabo). 10) Für die bei Anm. 35 f. erwähnten Interdikte (vgl. Lenel, Edictum § 245). 11) Für alle ädilizischen Edikte (vgl. tit. D. 21,1). 12) Sicher war die Annalität schließlich für die a° iniuriarum angekündigt; dies war sogar wahrscheinlich die älteste annale actio poenalis (vgl. Demelius I. § 4); hier haben die Kompilatoren mit Rücksicht auf die in der c. 5 C. de iniuriis 9,35 enthaltenen Änderungen (vgl. Chop, Arch. f. d. civ. Pr. 17 S. 214: Ausdehnung der Annalität auf die a° iniuriarum ex lege Cornelia) alle Spuren der Annalität gestrichen. — Vgl. Lenel, Edictum zu den genannten actiones. Bei manchen anderen ist es übrigens vielleicht nur zufällig nicht nachweisbar.

[90]) Vgl. l. 1 D. si quis ius dicent. 2,3; l. 6,7, D. de alien. 4,7; l. 3 § 4 D. nautae caupones 4,9; l. 5 § 5 D. de his qui effuderint 9,3; l. 4 D. si mensor 11,6; l. 4 § 4 D. de exerc. 14,1; l. 7 § 5, l. 8 D. de tributoria 14,4; l. 1 § 4 D. si ventris 25,5.

[91]) Folgt aus l. 7 pr. D. quod fals. tut. 27,6. Ulpian: novissime Praetor ait: in eum qui cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicatur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur.

[92]) l. 9 § 1 h. t.

Von diesen berichtet Paulus:[93])

omnes populares actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur.

Auch dieser Satz kann nur auf interpretatio beruhen; denn soweit uns überhaupt Edikte zu den actiones populares erhalten sind,[94]) stand darin von Annalität kein Wort.

Im Folgenden soll zunächst die erste dieser beiden Gruppen betrachtet werden.

§ 5.

β) Ständige Annalklauseln in den Formeln.

Diejenigen Fälle, in welchen der Gerichtsmagistrat die Temporalität einer actio im Edikt angekündigt hatte, haben eine für uns sehr wichtige Eigentümlichkeit: hier war die exceptio annua ein für allemal in das im Album proponierte Schema der betreffenden actio — der formula in diesem Sinne — eingefügt.

Es läßt sich das für eine ganze Reihe von Fällen beweisen.

Für die actio quod metus causa in quadruplum spricht es eine Konstitution Kaiser Gordians[95]) ausdrücklich aus:

> Si per vim vel metum mortis aut cruciatus corporis venditio vobis extorta est, et non postea eam consensu roborastis, iuxta perpetui formam edicti intra annum quidem agentes, quo experiundi potestas est, si res non restituatur, quadrupli referetis condemnationem, scilicet reddito a vobis pretio.

Der Kaiser giebt hier den Wortlaut der exceptio wieder mit dem Bemerken, daß derselbe so der „forma edicti" entspreche. Darunter wird man aber das Aktions-Schema zu verstehen haben; denn in der Bedeutung von Prozeßformel kommt der Ausdruck forma nicht

---

[93]) l. 8 D. de pop. act. 47,23.

[94]) So z. B. im Edikt de albo corrupto: (l. 7 D. de iurisdictione 2,1 Ulpian) Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa non quod prout res incidit, in albo, vel in charta vel in alia materia propositum est, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est. So auch Ed. de dejectis et effosis, sepulchro violato und andere.

[95]) c. 4 C. de his qui vi 2,19.

nur häufig bei nichtjuristischen Schriftstellern (Sueton, Gellius), sondern auch bei Pomponius[96]) und Gajus[97]) vor.

Was von der actio quod metus causa gilt, wird aber zugleich von der ihr vollkommen analogen actio doli gelten müssen.[98])

Noch deutlicher wird die Ständigkeit der Annalklausel betont in einem auf die restituierte Vindikation[99]) bezüglichen Reskript von Diocletian (a. 294):[100])

> Si ab hostibus cum patre ac matre captus post his ibi defunctis legis Corneliae beneficio reversus successiones eorum quaesisti, exemplo utilis actionis, quae in integrum restitutis datur, cum exceptionis annuae, quae huic obici solet, objectu res vindicare non prohiberis.

Man wird hiergegen nicht einwenden können, daß dieses Reskript nicht mehr in die Zeit des Formularprozesses falle; denn das in demselben Jahr 294 erlassene Gesetz Diocletians, in dem man vielfach[101]) den ersten wichtigen Schritt zur Abschaffung des alten ordo iudiciarius hat erblicken wollen, trägt diesen Charakter eines „Reformgesetzes" keineswegs.[102]) Zudem wurde auch im Extraordinarverfahren anfänglich sicher mit Zugrundelegung der alten Formel als „Prozeßprogramm" verhandelt.[103])

Ein wichtiger Beleg für die Ständigkeit der exceptio annua in gewissen Aktions-Schemen liegt schließlich in dem Umstande, daß sowohl in dem Gajanischen wie in dem Ulpianischen Ediktskommentar die Annalität da behandelt wird, wo die Formeln kommentiert werden. Die Juristen erörtern nämlich nicht nur die Edikte, sondern

---

[96]) Pomponius, l. 2 § 7 D. de orig. jur. 1,2: Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones.

[97]) Gajus, Inst. IV. 24: nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae „pro iudicato" verbum inseri.

[98]) Hier sind alle Spuren der Annalität bei der Kompilation gestrichen worden, weil die c. 8 C. de dolo 2,20 an Stelle des annus utilis ein continuum biennium setzte. Vgl. Lenel, Edictum § 40 S. 92 und 93.

[99]) Über diese vgl. Bekker, Aktionen II. S. 93 n. 33.

[100]) c. 5 C. quib. ex caus. in integr. 2,53 (54).

[101]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Civ. Pr. II. S. 782.

[102]) Nachgewiesen von Pernice, Amoenitates iuris, in der Zeitschrift der Sav. Stift. für R.G. VII. (a. F. XX) S. 104 ff.

[103]) Vgl. Wlassak, R.Pr.G. II. S. 60; erst Constantius (a. 342. C. 2,57 c. 1) verbot dies.

auch die zugehörigen Aktionsformulare, und zwar in gesonderten, an die Erläuterungen der betreffenden Edikte sich anschließenden Abschnitten.[104]) Diese Formelkommentare beginnen gewöhnlich mit den Worten „haec actio" und sind daher leicht zu erkennen. Ist nun ein Punkt in dem Formelkommentar erörtert, so kann man, falls nicht der ganze Ton der Erörterung entgegensteht, mit Sicherheit annehmen, daß auch in der Formel eine entsprechende Klausel gestanden hat. Auf diesem Wege läßt sich die Ständigkeit der exceptio annalis zunächst nachweisen für actio de turba, und zwar auf Grund des Ulpianischen commentarius ad edictum.[105]) Nachdem Ulpian in l. 4 pr. vi bonorum raptorum (47,8) das diese actio verheißende Edikt angeführt hat, erklärt er dieses bis zur l. 4 § 10 cit. einschließlich und beginnt dann in § 11 mit den Worten „haec autem actio in factum est" den Formelkommentar. In demselben § 11 folgen dann die Worte „et semper in duplum intra annum est.[106]) Daß es sich hierbei um eine Bemerkung über Formelworte handelt, geht besonders daraus hervor, daß der Jurist auch im Kommentar zum Edikt von der Annalität gesprochen hat.[107])

Einen ferneren Beleg nach derselben Richtung bietet die actio de vi bonorum raptorum. Hier spricht zwar Ulpian, dessen gesamter Kommentar zu dieser actio als Ganzes durch die Pandektenkompilation überliefert ist,[108]) nur im Ediktskommentar von der Annalität.[109]) Indessen findet sich in demselben Pandektentitel eine nochmalige Bemerkung über denselben Gegenstand, welche von

---

[104]) Vgl. Wlassak, Edikt und Klageform S. 28. Dort auch Belegstellen. Auch Lenel im Edikt und in der Palingenesie geht von dieser Auffassung aus.

[105]) Im 56. Buch desselben (vgl. D. tit. vi bonorum raptorum 47,8) — Lenel, Edictum § 188.

[106]) l. 4 § 11 cit: haec autem actio in factum est et datur in duplum, quanti ea res erit: quod ad pretium verum rei refertur. Et praesentis temporis fit aestimatio: et semper in duplum intra annum est.

[107]) Nämlich in l. 4 § 8 cit.: Sed et hoc (das Edikt de turba) et illud (das vorausgehende Edikt de hominibus armatis) intra annum tribuit experiundi facultatem: post annum in simplum competit.

[108]) In l. 2 D. de vi bonorum raptorum 47,8.

[109]) Nämlich in l. 2 § 13 D. cit.; das Formelkommentar beginnt erst in l. 2 § 17: haec actio volgo bonorum raptorum dicitur.

Paulus herrührt,[110]) und der betreffende Passus hat in dessen Werk sicher einen Teil des Formelkommentars gebildet. Denn die Kompilatoren pflegten die einzelnen Teile der großen Ediktswerke so zu vereinigen, daß sie Formelkommentar zu Formelkommentar, Ediktskommentar zu Ediktskommentar setzten und innerhalb der einzelnen wieder die zusammengehörigen Punkte der verschiedenen Schriften verbanden, oft so, daß einzelne Fragmente mitten im Satz abbrechen.[111]) Die Stelle des Paulus steht nun aber am Ende des Ulpianschen Formelkommentars — sie würde sicher nicht dorthin, sondern zu der Bemerkung Ulpians über die Annalität gesetzt worden sein, wenn sie nicht selbst ein Bestandteil des Paulinischen Formelkommentars wäre.

Schließlich sprechen ähnliche Gründe auch für die Ständigkeit der Annalklausel in der Formel zur actio de calumniatoribus. In dem von dieser handelnden Titel[112]) beginnen nämlich die Formelkommentare der Juristen mit der kurzen l. 4. h. t., die mit den Worten des Gajus[113]) anhebt: haec actio heredi quidem non competit. Auch für die nachfolgende Stelle, l. 5. h. t. sind die Worte „haec actio" aus der Gajus-Stelle zu ergänzen:[114]) es ist dies der Beginn des Ulpianschen Formelkommentars. Von der Annalität aber wird gehandelt in der l. 6. h. t.,[115]) und diese Stelle stammt aus demselben Buch des Gajanischen Werkes, wie die erwähnte l. 4. h. t.; auch hier wird also die Annalklausel anläßlich der formula behandelt.

Betrachten wir die soeben erörterten Fälle, für welche sich die Ständigkeit der exceptio annua in deren Aktionsschema nachweisen läßt, in ihrer Gesamtheit, so ergiebt sich für sie nur eine gemeinsame Eigentümlichkeit gegenüber anderen actiones temporales: in allen diesen Fällen war schon im Edikt auf die Annalität hin-

---

[110]) l. 3 h. t. Si servus rapuerit . . non recte cum manumisso post annum agetur etc. Die Stelle stand bei Paulus an der sedes materiae für diese actio im 54. Buch (vgl. Lenel, Palingenesie hoc loco).

[111]) So z. B. in l. 4,5 etc. de alien. 4,7.

[112]) tit. D. de calumniatoribus 3,6.

[113]) Aus l. IV ad edictum.

[114]) Dies hat auch Lenel, Palingenesie S. 460 gethan.

[115]) l. 6 h. t. Gaius ad edictum l. IV: Annus autem in personam quidem eius, qui dedit pecuniam, ne secum ageretur, ex eo tempore cedit, ex quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi etc.

gewiesen.[116]) Man wird daher sicher nicht fehlgehen, wenn man, wie oben geschehen ist, nach dem Vorgange Lenel's[117]) annimmt, daß die exceptio gerade in den Fällen im Aktionenschema ständig war, wo sich eine solche Verheißung im Edikt fand.

Übrigens wird die ständige Annalklausel von den Römern vielfach als exceptio bezeichnet,[118]) während dieser Ausdruck für den ständigen negativen Bestandteil der actio Serviana „neque solutum neque satisfactum est"[119]) in den Quellen sich nicht findet.[120]) Sachlich besteht zwischen beiden aber kaum ein Unterschied.

Daß nun da, wo die exceptio annalis als ständiger Formelbestandteil auftritt, ihre Insertion in die konkrete Prozeßformel nicht von einem Antrage des Beklagten abhing, ergiebt sich ohne weiteres aus dem bekannten Zweck des Formelalbums.[121]) Der Kläger hatte zu Beginn des Verfahrens aus diesem Album eine bestimmte Formel zu bezeichnen und die Ausfüllung dieses Schemas nach Maßgabe des konkreten Falles zu veranlassen.[122]) Dies

---

[116]) Vgl. Anm. 89, No. 1—4.

[117]) Lenel, Edictum S. 403.

[118]) Und zwar auch von den klassischen Juristen. So besonders von Ulpian: l. 30, § 5 D. de pecul. 15,1: si annua exceptione sit repulsus a venditore; l. 15 § 5 quod vi aut clam 3,24: annuam exceptionem remittendam; l. 1 § 10 D. quando de pec. 15,2: quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem versum pertinet. Aber auch von Pomponius: l. 48 § 2 D. aed. ed. 21,1: non nocebit emptori, si sex mensum exceptione redhibitoria exclusus velit intra annum aestimatoria agere. — Für die spätere Zeit zahlreiche Belege — z. B. die Titelrubrik de annali exceptione. — Vgl. Brinz, Pd. I. § 108.

[119]) Vgl. dazu Lenel, Edictum S. 396.

[120]) Vgl. insbesondere das Verzeichnis der von exceptio handelnden Quellenstellen bei Koschembahr-Lyskowski, Theorie der Exceptionen S. IX. ff. — Dagegen wird die in manchen Interdikten ständige Klausel nec vi, nec clam, nec precario als exceptio bezeichnet: l. 7 § 2, l. 22 § 2 D. quod vi aut clam 33,24.

[121]) Vgl. Keller, R.C.Pr. § 50; Bethmann-Hollweg, C.Pr. II. § 86; Bekker, Aktionen II. S. 228; Wlassak, Edikt und Klageform S. 70 ff.

[122]) l. 1 § 1 D. de edendo 2,13 Ulpian: Edere est etiam describendi copiam facere vel in libello complecti et dare vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret, quod dictaturus est, vel id dicendo quo uti velit. — Cicero pro Caecina 8: Etenim si praetor is, qui iudicia dat, nunquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit.

war die (erste) editio formulae oder actionis. Stand nun die exceptio annua bereits im Aktionsschema, so edierte der Kläger dieselbe natürlich mit — eine Insertion fand also überhaupt nicht statt, und es kann daher auch von einem Antrag des Beklagten auf eine solche keine Rede sein.

Diese ganze Behandlungsweise entspricht auch durchaus dem Wortlaut der Edikte: „intra annum iudicium dabo". Auch in diesen Worten wird kein Unbefangener das Erfordernis einer Geltendmachung, eines besonderen Willensaktes des Beklagten finden können.[123]) Vielmehr kündigt der Prätor hier eben einfach an, daß er nach einem Jahre die Formel nicht mehr giebt, mit anderen Worten, daß er sie ohne weiteres denegiert. Der denegatio actionis aber steht die Gewährung der exceptio in der Formel völlig gleich:[124]) jene tritt ein, wenn der Sachverhalt liquid ist, diese, wenn er noch der Erörterung bedarf, einzig hierin liegt der Unterschied.[125])

§ 6.

γ) Actiones temporales ohne ständige Annalklauseln.

I. Rudorff[126]) nimmt die Ständigkeit der exceptio annua im Aktionenschema nicht nur für die soeben erörterte erste Gruppe der honorarischen Temporalität, sondern für alle Fälle derselben an. Diese Auffassung ist jedenfalls unberechtigt für die jetzt zu besprechende zweite Gruppe der actiones temporales, derjenigen, deren zeitliche Beschränkung auf der interpretatio beruht. Lenel[127]) hat nachgewiesen, daß in dem Exceptionen-Additament des prätorischen Albums die exceptio annua „si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuerit" als besondere exceptio generell proponiert war.

---

[123]) Vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz § 10.

[124]) Das beweist der tit. D. quarum rerum actio non datur 44,5, in welchem ausschließlich von Exceptionen die Rede ist. Vgl. Lenel, Exceptio S. 23; Koschembahr-Lyskowski S. 87; Lenel, Edictum S. 405.

[125]) Das sagt Ulpian ausdrücklich (l. 9 pr. D. de jurejur. 12,2): Nam postea quam iuratum est, denegatur actio, aut si controversia erit, id est si ambigitur an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est.

[126]) Rudorff, Edictum perpetuum fügt sie überall in die Formeln ein. Vgl. Lenel, Edictum S. 52.

[127]) Lenel, Edictum S. 403.

Es ergiebt sich dies daraus, daß Ulpian im 74. Buche seines Ediktswerkes die exceptio annua bespricht.[128]) Im 74.—76. Buche kommentierte aber Ulpian das Exceptions-Additament.[129]) Die Ausführlichkeit der betreffenden Erörterung und der Umstand, daß gerade die Worte „experiundi potestas" erläutert werden, schließt die Annahme einer gelegentlichen Bemerkung von vorherein aus. Ferner kommt in Betracht, daß der Titel de diversis temporalibus praescriptionibus, an dessen Spitze die Ulpianische Erörterung steht, in der Pandektenkompilation seinen Platz zwischen der exceptio rei iudicatae (44,2) und der exceptio doli mali (44,4) erhalten hat. Schon daraus kann man schließen, daß die Exceptionen im Album in derselben Reihenfolge proponiert waren.[130]) Es giebt somit Fälle, in welchen der Kläger die exceptio annua bei der ersten editio formulae nicht gleich mitedierte, sondern wo dieselbe — wie die Exceptionen gewöhnlich — erst in iure von dem Gerichtsmagistrat in die Prozeßformel inseriert wurde.

Für diese Fälle geht nun unsere Frage in der allgemeinen auf: setzt der Gerichtsmagistrat die Exceptionen nur auf Antrag des Beklagten in die Prozeßformel?

II. Das Erfordernis eines solchen Antrages könnte auf zwei Wegen nachweisbar sein: durch positive Quellenzeugnisse oder durch Deduktion aus dem römischen Exceptionsbegriff.

Derartige positive Quellenzeugnisse existieren nicht: daß die wenigen Quellenstellen, welche gelegentlich dafür angezogen worden sind, diese Bedeutung nicht haben, wird unten erörtert werden. Fast sämtliche Schriftsteller, welche ein Vorschützen der Exceptionen

---

[128]) l. 1 D. de div. temp. praescript. 44,3. Ulpian l. 74 ad Edictum: Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. Et quidem imprimis exigendum est, ut sit facultas agendi. Neque sufficit rei experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive in vinculis sit, sive rei publicae causa absit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri neque mandare possit, experiundi potestatem non habet etc.

[129]) Lenel, Edictum § 5 B.

[130]) Denn die Pandekten schließen sich der Ediktsfolge an. Vgl. Krüger, Gesch. der Quell. S. 333.

verlangen, sind denn auch auf rein deduktivem Wege zu diesem Ergebnis gekommen.[131])

Für eine solche Deduktion bietet aber die römische Gestaltung des Exceptions-Institutes keinen Raum. Die exceptio war ein Teil der Prozeßformel, eine negative Bedingung des in derselben enthaltenen Kondemnationsbefehls an den judex. Dieser wurde durch die exceptio gezwungen, ein bestimmtes Thatbestandsmerkmal zu Gunsten des Beklagten zu berücksichtigen. Durch die exceptio wurde einem Rechtssatze die Geltung erzwungen, und zwar von Seiten des Prätors: wir haben hier ein tuitione praetoris wirksames Verteidigungsmittel im Gegensatz zu dem schon ipso iure bezw. officio iudicis wirksamen.[132]) Wie aus dieser prozessualischen Bedeutung der exceptio das unerläßliche Erfordernis eines besonderen Antrags ohne weiteres folgen soll, ist völlig unerfindlich.[133]) Man sucht nun aber das Erfordernis des Antrages bei der exceptio vielfach aus der materiellen Bedeutung der Exceptionsthatbestände zu folgern, indem man den Gedanken festhält,[134]) daß alle durch exceptio zur Geltung gelangenden rechtlich wichtigen Momente einen gemeinsamen materiellrechtlichen Charakter hätten, aus dem sich das Erfordernis einer Willenserklärung, des Geltendmachens, mit Notwendigkeit ergäbe.

Indessen kommt dem römischen Exceptionsbegriff ein solcher materiellrechtlicher Charakter in der That nicht zu. Es ist dies seit Beginn des Jahrhunderts, besonders aber in unserer Zeit immer wieder betont und nachgewiesen worden: Zimmern,[135]) Albrecht,[136])

---

[131]) Fast nirgends findet sich der Versuch, die Ansicht mit einer Quellenstelle zu belegen. So z. B. auch nicht bei Windscheid I. § 47 Anm. 1.

[132]) Vgl. Bekker, Aktionen II. S. 282 f.; Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 96; — aber auch schon Zimmern, G. d. R.Pr.R. III. § 91. — Das Vorkommen der sog. Civilexceptionen ändert hieran nichts. Vgl. Lenel, Exceptio § 5, bes. S. 50; Regelsberger, Pand. I. § 192 III.; vgl. unten Anm. 220; a. A. Wlassak, Krit. Stud. S. 20.

[133]) Vgl. Fischer, R. u. Rschtz. S. 95; Koschembahr-Lyskowski, Theorie der Exceptionen S. 79.

[134]) Vgl. Windscheid, Pand. I. § 47; Dernburg, I. § 137.

[135]) Zimmern, Gesch. d. röm. Pr.R. (1829) III. § 91, der allerdings eine gewisse Gemeinsamkeit in dem Moment der aequitas sucht (hiergegen gut Lenel, Exceptio § 6).

[136]) Albrecht, die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses (1835).

von Völderndorff,[137]) Thon,[138]) Krüger,[139]) Eisele,[140]) Brinz,[141]) Zimmermann,[142]) Bekker,[143]) Fischer,[144]) Lenel,[145]) Sohm,[146]) Regelsberger[147]) u. a. haben sich — zum Teil mit eingehender Begründung — für den bloß historischen Charakter der römischen Exceptio erklärt, und erst jüngst ist der Gedanke wieder umfassend dargelegt worden.[148])

Für eine eingehende Beleuchtung aller dieser Ausführungen ist hier nicht der Ort. Von einem inneren materiellrechtlichen Charakter, der allen Exceptionen gemeinsam und nur ihnen gemeinsam wäre, kann schon deshalb keine Rede sein, weil dieselben materiellrechtlichen Thatsachen bald ipso iure (bezw. officio iudicis), bald ope exceptionis wirken.[149]) Es genügt hier darauf hinzuweisen, daß im iudicium strictum dieselben Verteidigungsgründe durch exceptio doli geltend gemacht wurden, die im bona fidei iudicium ipso iure wirkten.

So sagt denn auch einmal Paulus[150]) von einem Verteidigungsmittel, daß es eben so gut ipso iure wie ope exceptionis

---

[137]) von Völderndorff, Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XI. S. 290 ff.

[138]) Thon, Die rechtsverfolgende Einrede (Iherings Dogmatische Jahrb. 28. S. 37).

[139]) Krüger in der Zeitschr. f. R.G. Rom. Abt. VII. (1868).

[140]) Eisele, Die materielle Grundlage der Exceptio (1871).

[141]) Brinz, Pand. 2. Aufl. § 107.

[142]) Zimmermann, Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift. 1872.

[143]) Bekker, Pand. II. S. 278 ff.

[144]) Fischer, Recht und Rechtsschutz § 9.

[145]) Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen.

[146]) Sohm, Institutionen § 40.

[147]) Regelsberger, Pand. I. § 192.

[148]) von Koschembahr-Lyskowski, Theorie der Exceptionen I. 1, dessen Unterscheidung zwischen „objektivem Recht als solchem" und „objektivem Recht in seiner Anwendung" indessen nicht beizutreten sein dürfte. Denn das letztere allein ist eben für den Verkehr und damit überhaupt „das Recht". Vgl. übrigens Kosch. selbst S. 98.

[149]) Vgl. Krüger, l. c.; Fischer, R. u. Rschz. § 9, S. 96.

[150]) Paulus l. 34 § 1 D. de O. et A. 44,7: Si is cui rem commodavero, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione, sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius. — Anders als hier wird diese Stelle von Koschembahr, Exceptionen S. 22 aufgefaßt; indessen bleibt bei diesem das Schlußwort „quod est tutius" unaufgeklärt.

zur Geltung kommen könne, und er findet den Unterschied zwischen beiden Möglichkeiten bezeichnender Weise lediglich darin, daß die Einschaltung einer exceptio für den Beklagten größere Sicherheit gewähre: der iudex wird hier eben auf den betreffenden Rechtssatz, den er ohnehin nach Civilrecht bezw. auf Grund seines officium zur Anwendung zu bringen hätte, noch besonders hingewiesen.

Man kann somit aus dem angeblichen — aber nicht vorhandenen — materiellrechtlichen Begriff der exceptio auch nicht das Erfordernis ihrer Geltendmachung folgern.

III. Indessen ist damit immer noch nicht ausgeschlossen, daß das Erfordernis des Vorschützens für sämtliche Exceptionen bestanden hat. Es könnte sich im Anschluß an die prozessualische Gestaltung der exceptio herausgebildet haben.

Dies ist nun aber schon von vornherein deshalb unwahrscheinlich, weil sich auch sonst gemeinsame Eigentümlichkeiten der Exceptionen als solcher (abgesehen von den aus ihrem oben bezeichneten Zweck als Formelteil unmittelbar sich ergebenden) nicht nachweisen lassen.[151])

---

[151]) Wo solche Eigentümlichkeiten behauptet worden sind, haben sie sich als nicht stichhaltig erwiesen: So ist es keine Eigentümlichkeit der exceptionsmäßigen Verteidigungsmittel, daß sie „bald engeren, bald weiteren Umfang haben können, sowohl in Bezug darauf, gegen wen sie zustehen, als darauf, wer sie vorschützen kann" (Bethmann-Hollweg II. § 90 S. 390), womit der Gegensatz von exceptiones rei und solchen personae cohaerentes bezw. von exc. in rem und in personam gekennzeichnet werden soll. Es steht dem entgegen, daß auch gewisse ex officio iudicis wirksame Verteidigungsmittel nur gewissen Personen zustehen, personae cohaerentes sind (so die Einwendung der bestellten Servitut gegenüber der a° negatoria), andere wieder jedem Beklagten (so die Behauptung des Eigentumsverlusts seitens des Klägers gegenüber der a° negatoria): Lenel, Exceptio S. 119. Es beruht der Unterschied hier eben auf dem materiellen Charakter der einzelnen Verteidigungsmittel (Lenel, l. c; Krüger, Z. f. R.G. VII. S. 221).

Auch daß nur bei der Verteidigung ope exceptionis eine naturalis obligatio zurückbleiben könne (Bethmann-Hollweg, II. § 99 S. 390) ist unzutreffend. Denn auch die prozessuale Konsumtion, die doch meist officio iudicis wirkt, läßt zuweilen naturalis obligatio zurück. Das letztere ergiebt sich aus l. 60 pr. D. de condict. indeb. 12,6: Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet . . und l. 28 h. t.: Judex si male absolvit

Insbeſondere kann auch die Verzichtbarkeit der Exceptionen unter Lebenden nicht — wie Lenel will —[152]) als ſolche gemeinſame Eigentümlichkeit betrachtet werden. Denn ſie läßt ſich nur für die exceptio pacti mit Sicherheit nachweiſen. Hier ergiebt ſie ſich aus l. 27 D. § 2 de pactis 2,14:[153])

> Paulus: pactus ne peteret, postea convenit ut peteret; prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur.

Dieſe Beſtimmung weiter zu generaliſieren iſt um ſo unberechtigter, als für manche Exceptionen die Unverzichtbarkeit feſtſteht.[154])

Auch noch eine zweite Erwägung ſpricht von vornherein dagegen, daß ſich das Erfordernis der Geltendmachung für die Exceptionen als ſolche herausgebildet haben ſollte: es „iſt — um mit Zimmern[155]) zu reden — von der uns ſo geläufigen ſtrengen

---

et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. Vgl. Lenel, l. c.; Krüger, l. c; Dernburg, Pand. II. § 5; Vangerow, Pand. I. § 126 a. E.

Schließlich iſt auch der oft angeführte Satz (vgl. Bethmann-Hollweg, l. c.; Windscheid I. § 47a. I.; Sintenis, C.R. I. § 32 S. 303a. 6; Arndts § 401a. 1; Vangerow I. § 126 etc), daß ein ope exceptionis wirkendes Verteidigungsmittel untergehen und damit das betreffende „gehemmte" Recht wieder aufleben könne, nicht ſtichhaltig, ſoweit er eine allgemeine Eigentümlichkeit der Exceptionsthatſachen bezeichnen ſoll. Denn auch officio iudicis wirkſame Verteidigungsmittel können untergehen mit der Wirkung, daß das betreffende Recht wieder auflebt. Vgl. l. 9, l. 10 § 3 D. de fundo dotali 23,5, wo eine urſprünglich nichtige Veräußerung des Dotalgrundſtückes nachträglich gültig wird. Vgl. Lenel, Exceptio S. 123, der noch eine große Reihe anderer Beiſpiele aufführt; Krüger, l. c. — Über den Verzicht ſ. den Text.

[152]) Lenel, Exceptio § 18.

[153]) Ebenſo Gajus IV. 126, der die Replikationsformel angiebt: si non postea convenit, ut mihi eam pecuniam petere liceret. —

Für die exceptio quod metus causa wird es nicht bewieſen durch die von Lenel, l. c. angeführte c. 4 C. de his quae vi 2,19 (20): Gordianus: si per vim vel metum mortis aut cruciatus corporis venditio vobis extorta est, et non postea eam consensu roborastis, . . . quadrupli referetis condemnationem. Gegen dieſe Stelle macht mit Recht Schwalbach (Jhering, Jahrb. XIX. S. 43) geltend, daß in dem consensus ein neuer Kaufvertrag liege.

[154]) Dies erkennt auch Lenel, l. c. ſogar in großem Umfange (beim Vorwalten eines öffentlichen Intereſſes) an.

[155]) Zimmern, Geſch. des R.Pr.R. III. § 92.

Rücksicht auf das Berufen weder in den römischen Quellen überhaupt, noch in ihrer Terminologie eine Spur zu finden". Es entspricht das dem ganzen Charakter des römischen Verfahrens,[156]) in welchem der Richter und vor allem der mit dem imperium bekleidete Gerichtsmagistrat eine gegenüber den Parteien vollkommen selbständige Stellung einnimmt. Bezeichnend ist in dieser Beziehung eine Konstitution des Constantin[157]) (a. 321):

> Iudices oportet inprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, ne quid novi addere desiderent, cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per iudicem, sive ad maiorem potestatem referenda sit. —

Nach alledem spricht also die Wahrscheinlichkeit nicht dafür, daß die Inserierung der exceptio in die Formel von einem Antrage des Beklagten abhängig war. Sollen wir dies dennoch annehmen, so müßten die Quellen es ausdrücklich sagen.

Dies ist nun aber — wie bereits oben erwähnt wurde — keineswegs der Fall. Vielmehr enthalten diejenigen zwei dafür angeführten Quellenstellen, welche allein[158]) ernstlich zu nehmen sind, den Satz nicht. Es ist dies zunächst Gajus IV, 119[159])

---

[156]) Daß den Römern der Gedanke der „Verhandlungsmaxime" fern lag, vgl. Muther, Kr. Viert. Jhr.-Schrft. IX. S. 392 ff.; Savigny, System V. § 228 S. 188.

[157]) c. 9 C. de iudiciis 3,1. Was die Konstitution von den iudices sagt, muß natürlich umsomehr vom Magistrat gelten. — Das prozessualische Erfordernis eines Antrags läßt sich für das römische Verfahren übrigens nur bezüglich der Klageerhebung und gleichstehender Akte nachweisen (c. 1 C. 3,7). Vgl. Muther, l. c.

[158]) Gönner, Handbuch des gem. Proz. (1804) Bd. I. 10 § 13, citiert nach dem Vorgange der älteren Litteratur (darüber unten) die l. 27 § 2 de pactis 2,14, die, wie oben erwähnt, sich auf den Verzicht bezieht. — Dernburg, Pand. I⁴ § 137 beruft sich auf das S. C. Vellejanum; über dieses vgl. unten bei Anm. 179.

[159]) Gajus IV. 119: Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur. Nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: „Si in ea re nihil dolo malo A^i A^i factum sit neque fiat": item si dicat, contra pactionem pecuniam peti, ita concipitur exceptio: „Si inter A^m A^m et N^m N^m non convenit, ne ea pecunia peteretur; et denique in ceteris causis similiter concipi solet; ideo scilicet, quia

mit den darin enthaltenen Worten „quia omnis exceptio obicitur a reo“. Diese Worte bedeuten keineswegs, daß jede exceptio nur auf Antrag des Beklagten in die Formel inseriert wird. Die ganze Gajusstelle ist lediglich eine syntaktische Erörterung über die Abfassung der Exceptionsklauseln;[160]) der Jurist will sagen, daß diese als negative hypothetische Sätze auftreten und daß sich daraus ihre Abfassung „in contrarium quam adfirmat is cum quo agitur“ ergiebt. In diesem Zusammenhange bemerkt er: zwar enthält die Exceptionsklausel Behauptungen des Beklagten (omnis exceptio obicitur a reo) — und man sollte deshalb annehmen, daß sie diese Behauptungen in positiver Form wiedergiebt (wie die Intentio die Behauptungen des Klägers) — statt dessen wird sie „in contrarium“ konzipiert — dies erklärt sich aber eben daraus, daß sie als hypothetischer Satz erscheint (condicionalem faciat condemnationem).

Durch die Worte „omnis exceptio obicitur a reo“ soll demnach die exceptio nur als ein den Interessen des Beklagten dienender Formelbestandteil bezeichnet werden. Zugleich mag allerdings Gajus betonen wollen, daß thatsächlich meistens die exceptiones vom reus gebracht werden. Hiervon ist aber die Frage, ob dies auf Rechtsvorschrift beruht oder nur thatsächliche Folge des Interesses des Beklagten ist, zu unterscheiden: Der Passus „omnis exceptio obicitur a reo“ ist kein Rechtssatz, sondern ein auf Beobachtung des Lebens beruhender Lehrsatz.

In ganz ähnlicher Weise denken auch z. B. die heutigen Schriftsteller, wenn sie von „Obligationen“ reden, gewöhnlich an die Obligationen auf ein Thun, nicht an die auf ein Unterlassen gerichteten und wählen ihre Ausdrücke dann dementsprechend; ebenso denkt man bei dem Ausdruck „Klage“ gewöhnlich nicht zugleich an die Feststellungsklagen des § 231 C.P.O.

---

omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iudex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re qua de agitur dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum fuerit.

[160]) Deshalb ist sie auch in den Institutionen Tribonians gestrichen.

Die Stelle des Gajus beweist also nichts; mit ihr zugleich fallen aber alle diejenigen Stellen[161]) fort, aus denen man wegen der in ihnen vorkommenden Wendung „obicere, opponere exceptionem" das Erfordernis des Antrags gefolgert hat[162]).

Es bleibt noch die von Dernburg[163]) für das Erfordernis des Antrags citierte l. 1 D. de exceptionibus 44,1:

> Ulpian libro 4 ad ed.: agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.

Gegen diese Stelle spricht von vornherein schon die allzu allgemeine Fassung: ihre Bedeutung kann überhaupt nur mit Hülfe der Inskription ermittelt werden. Im vierten Buche seines Edikts-kommentars behandelt nun Ulpian sowohl das Edikt de edendo wie das Edikt de pactis et conventionibus.[164]) Rudorff[165]) will die Stelle zu dem ersteren ziehen, Lenel[166]) zu dem letzteren. Hat Lenel Recht, so könnte die Stelle allerdings den ihr von Dernburg beigelegten Sinn haben — daß sie ihn aber nicht haben müßte, beweist die abweichende Auslegung, die Lenel ihr selbst giebt.[167]) Ausschlaggebend würde sie also keinesfalls sein.

Rudorff andererseits sieht in dem Fragment eine Erläuterung des Wortes „agere" aus dem Eingange des Edikts de edendo: „qua quisque actione agere velit, eam edere oportebit". Selbst wenn das Edikt so gelautet hätte — was Lenel[168]) bezweifelt — so würden die Worte dann immer nur beweisen, daß wenn der Beklagte eine Exception zu inserieren beantragte, er die im Album proponierte Klausel in iure bezeichnen mußte. Die Frage, ob der

---

[161]) Vgl. Bethmann-Hollweg, C.Pr. § 99a. 36.

[162]) Übrigens verflüchtigte sich der Ausdruck obicere immer mehr und nahm — wohl infolge des im Text gekennzeichneten Sprachgebrauchs — die Bedeutung von obstare an. So gebraucht ihn schon Ulpian (l. 2 § 15 D. ad S. C. Tert. 38,17) und später mehrfach Hermogenian (l. 10 D 26,4; l. 21 § 3 D. 37,14). Vgl. Dirksen, Manuale und Heumann s. v. obicere.

[163]) Pand. I⁴ § 137.

[164]) Vgl. Lenel, Palingenesie; Ulpian ad ed., l. IV.

[165]) Rudorff, Edict. § 8 a. 3.

[166]) Lenel, Edict. S. 53 a. 5.

[167]) Nämlich die, daß eine durch Paktum erlassene Gegenforderung auch nicht mehr durch exceptio geltend gemacht werden könne.

[168]) Lenel, Edict. S. 48.

Magistrat aus eigenem Antriebe zur Insertion der exceptio schreiten konnte, bliebe völlig offen. Denn der Zweck der (ersten) editio formulae ist eben nur der, daß „die species facti futurae litis bekannt“[169]) und der prozessualische Wunsch in präziser Form ausgedrückt werde. Dem entspricht der Prätor ohnehin, wenn er den Parteien die Insertion einer bestimmten exceptio ankündigt.

Das naheliegendste aber dürfte sein, daß die Stelle sich — wie auch Vangerow[170]) annimmt — auf die Beweislast bezieht. Die Bemerkung Ulpians kann sich nämlich sehr wohl an den Passus des Edikts de edendo angeknüpft haben, der den Parteien die Edierung ihrer Beweisinstrumente auferlegt. Das Edikt sprach hier wahrscheinlich nur vom Kläger, da das am nächsten lag.[171]) Ulpian hätte also hierzu bemerkt, daß auch dem excipierenden Beklagten diese Pflicht obliegt, denn die Exceptionen muß der Beklagte beweisen: „reus in excipiendo actor est“. In diesem Sinne verstanden würde der Satz auch in die Kompilation gut passen,[172]) zumal über die Beweislast im ferneren Verlaufe des Titels keine Rede mehr ist. Erheblich unterstützt wird diese Auffassung der Stelle dadurch, daß die Byzantiner sie teilen. Die Basiliken[173]) übertragen: *ὁ ἐναγόμενος ἐν ταῖς παραγραφαῖς ἐνάγων ἐστίν.* Dazu bemerkt Attaliata im *ποίημα νομικόν:*[174]) *ἐνάγων γίνεται καὶ βαρεῖται ἀποδείξεσιν* und Harmenopulos:[175]) *καὶ ὑπόκειται ταῖς ἀποδείξεσιν.*

Will man sich dieser Auffassung aber nicht anschließen, so kann man dem Satze Ulpians — und ebenso dem des Gajus — mit Fug den ebenso allgemein gehaltenen Ausspruch des Paulus[176]) gegenüber stellen:

---

[169]) Lenel, Edict. S. 49.

[170]) Vangerow, Pand. III. § 708 (II. 1 a. E.).

[171]) Das nimmt auch Lenel, Edict. S. 48 oben, an.

[172]) Er enthält die wichtige Eigenschaft der exceptio, daß sie zu den Verteidigungsmitteln gehört. Daran schließt sich dann der folgende Passus im Digestentitel sehr gut an: (l. 2) exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

[173]) Basil. 51 tit. 1,1.

[174]) Nach Heimbach, Bas. ad h. c. Michael Attaliata schrieb 1072; vgl. Heimbach, Bd. VI. p. 147.

[175]) Harmenopulos, Manuale legum (Lips. 1851) I. 2 § 7 p. 36.

[176]) l. 112 D. de R.I. 50,17. Lenel, Exceptio S. 134; Fischer, R. u. Rsch. § 9; vgl. Bekker, Pand. I. S. 89.

nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.

Die Stelle hat noch dazu den Vorzug, daß sie durch zahlreiche ähnlich lautende unterstützt wird.[177])

Damit sind die angeblich für die Antragstheorie sprechenden Quellenbelege erschöpft.

IV. Daß ein solcher Antrag nicht oder doch jedenfalls nicht immer abgewartet wurde, ergeben nun aber die Quellen auch positiv. Einmal spricht dafür der bereits erwähnte Umstand, daß der Exceptionserteilung die denegatio actionis — Liquidität vorausgesetzt — vollkommen gleichsteht.[178])

Nirgends wird aber in den Quellen ein Unterschied statuiert zwischen derjenigen denegatio actionis, die auf ope exceptionis wirksamen Verteidigungsmitteln beruht, und derjenigen, die aus anderen Gründen erfolgt. Daß in diesem letzteren Falle der Magistrat einen Antrag nicht abwartete, bezweifelt aber wohl niemand. Eine solche Behandlung würde auch in merkwürdigem Widerspruch stehen mit dem schlichten „iudicium non dabo" der Edikte.

Ferner ist die Abhängigkeit der Exceptionsinserierung von einem Antrage des Beklagten für eine Reihe von Exceptionen vollkommen ausgeschlossen. Das gilt zunächst — aus den in der Einleitung angegebenen Gründen — von allen unverzichtbaren Exceptionen. Sicher ist diese Unverzichtbarkeit für die exceptio S. C. Vellejani. Dieses Senatuskonsult war — wie Gradenwitz[179]) nachgewiesen hat — ein strenges Prohibitivgesetz,[180]) es gab den Frauen kein Recht, sondern es nahm ihnen ein solches.[181]) Damit

---

[177]) So: l. 10, l. 53 D. de V. S. 50,16; l. 25 D. eod.; l. 25 D. de V. O. 45,1.

[178]) Vgl. oben bei Anm. 121.

[179]) Gradenwitz, Ungültigkeit § 12. — Vgl. Thon, rechtsverfolg. Einrede S. 78.

[180]) Es wollte die Umgehung der gegenüber den Frauen geltenden Defensionsverbote hindern. Vgl. Gradenwitz S. 75. Das Gesetz sagt: cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum (l. 2 § 1 D. h. t. 16,1).

[181]) „Totam obligationem senatus improbat" (l. 16 h. t.); proinde neque maritum neque filium neque patrem permittitur mulieri defendere. — Allmählich mag allerdings schon in Rom die Exceptio aus dem S. C. Vellejanum ihren Charakter verändert haben und als Vergünstigung für die Frauen betrachtet worden sein.

ist die Verzichtbarkeit unvereinbar. In ähnlicher Weise spricht der Wortlaut des S. C. Macedonianum[182]) gegen die Verzichtbarkeit der durch dieses Senatuskonsult gewährten exceptio.

Weiterhin ist auch für diejenigen Exceptionen das Erfordernis des Antrags ausgeschlossen, welche — wie die exceptio vitiosae possessionis und unsere exceptio annua in der oben erörterten ersten Gruppe von Fällen — in dem Klagschema ständig sind. Daß es sich dabei um wirkliche Exceptionen handelt, ist bereits hervorgehoben.

Das Erfordernis der Geltendmachung ist demnach keine gemeinsame Eigentümlichkeit der ope exceptionis wirksamen Verteidigungsmittel.[183])

Für uns folgt aus alledem, daß auch für die zweite Gruppe honorarischer Temporalität die exceptio annua ohne besonderen Antrag des Beklagten in die Formel inseriert wurde.[184]) Denn, da nichts entgegensteht,[185]) müssen wir annehmen, daß die Behandlung hier derjenigen entsprach, welche man der zuerst erörterten Gruppe der actiones temporales zu teil werden ließ. Wäre es anders, so bestände auch ein ganz erheblicher *materieller* Unterschied zwischen *beiden* Arten der Temporalität, und es wäre mehr wie auffallend, daß die Quellen ihn gar nicht hervorheben, vielmehr beide Arten so stets als gleichbedeutend behandeln, daß der, wie gezeigt, rein *formelle* Unterschied nur durch eingehende Untersuchungen gefunden werden konnte.

Die honorarische Temporalität wird also in jedem Falle von Amtswegen berücksichtigt.

---

[182]) Vgl. z. B. l. 1 pr. D. de S. C. Mac. 14,6: ne cui actio petitioque daretur.

[183]) So schon Zimmern, l. c. III. § 92; in neuerer Zeit: Fischer, R. u. Rschtz. § 9; Hölder, Pand. § 63 Anm. 3 (b); Koschembahr-L. S. 79 u. 112. Vgl. auch Regelsberger, Pand. I. § 174 a. E.

[184]) Im Resultat ebenso: Fischer, l. c. § 10; Hölder, l. c.; Wlassak in Pauly-Wissowa Realencyklopädie Sp. 321, Artikel actio temporalis.

[185]) Der angebliche Charakter der honorarischen Temporalität als Legalfrist (Demelius, Abh. I. § 3 ff.) würde sogar eher dafür sprechen; doch soll hierauf — wie oben hervorgehoben — kein Wert gelegt werden. — Die legislatorischen Motive sind zu dunkel, um in irgend welcher sicheren Weise hier verwertet werden zu können.

c) Die übrigen Fälle der klassischen Zeit.

§ 7.

Von den übrigen der klassischen Periode angehörenden Fällen zeitlicher Beschränkung stehen im Vordergrunde diejenigen, welche auf Kaiser-Konstitutionen beruhen. Bei ihrer Betrachtung haben wir zwei Gruppen zu unterscheiden: die zeitliche Begrenzung der fiskalischen Forderungen[186]) und diejenige gewisser status controversiae.[187])

I. Die Wirksamkeit der ersteren zeitlichen Begrenzung machen die Quellen nirgends von einem Antrage abhängig. Daß ein solcher nicht erfordert wurde, ergiebt aber auch positiv der ganze Charakter der in Betracht kommenden Fälle. Sie hängen nämlich zweifellos eng mit der Kriminalverjährung zusammen. Mit dieser haben sie die gleiche Frist gemeinsam, beidemal handelt es sich um Forderungen des Staates, wenn er auch in unseren Fällen als Fiskus auftritt, und vor allem stehen die besonders wichtigen Forderungen aus Konfiskationen in engster Beziehung zu dem öffentlichen Strafverfahren.[188]) Ausschlaggebend für die Annahme einer solchen Verwandtschaft[189]) ist schließlich eine terminologische Eigentümlichkeit: überall wo die Juristen die zeitliche Beschränkung fiskalischer Forderungen erwähnen, sprechen sie von praescriptio viginti annorum[190]) und vermeiden stets den Ausdruck exceptio.

---

[186]) Der Untergang der Fiskalforderungen in 20 Jahren, das quadriennium der bona vocantia, das quadriennium commissi. Vgl. oben bei Anm. 41 ff.

[187]) Nämlich das quinquennium status und das quinquennium der proclamatio in ingenuitatem.

[188]) So die Vermögenskonfiskation gegenüber den adnotati requirendi, (über diese Rudorff, R.R.G. II. § 134), l. 1 § 3 D. 49,14: Praescriptio autem viginti annorum, quae etiam circa requirendorum adnotatorum bona observatur, ex constitutione divi Titi solet ex eo numerari, quo quid ad fiscum pertinere potuit. Vgl. l. 2 de requirend. 48,17.

[189]) Trotz dieser soll natürlich die in dem Gegensatze von öffentlichem und Privatrecht tief begründete Verschiedenheit der Fälle nicht geleugnet werden.

[190]) So betreffs der bona vacantia in l. 10 D. de div. temp. 44,3. Papinian . . quominus praescriptione temporis submoveatur. Im allgemeinen: l. 1 § 3 D. de J. F. 49,14; Callistratus (s. o. Anm. 188), l. 3 D. de requirendis 48,17, Marcian (s. o. Anm. 42), l. 2 eod. Macer.: Anni spatium ad occupanda bona eius qui requirendus adnotatus est, pertinet. Sed si per viginti

Der Ausdruck praescriptio wird aber auch stets gelegentlich der Kriminalverjährung gebraucht.[191])

Die Präskriptionen des Strafprozesses waren nun aber von denen des Civilprozesses durchaus verschieden. Man versteht unter ihnen die Hinderungsgründe der receptio, d. h. der im gesonderten Vorverfahren durch prätorisches Dekret stattfindenden Verzeichnung des Namens in die Anklageliste, der Versetzung in Anklagezustand.[192])

Da auch der Fiskalprozeß als iudicium publicum erscheint[193]) und die in ihm auftretende zeitliche Beschränkung dauernd als praescriptio bezeichnet wird, so kann man mit Sicherheit annehmen, daß wir hier eine Nachbildung[194]) des entsprechenden kriminalrechtlichen Instituts vor uns haben.

Man kann demnach auch — da nichts entgegensteht — eine gleichmäßige Behandlung beider Institute in unserer Frage voraussetzen. Die Berücksichtigung der Kriminalverjährung war aber sicher nicht von einem Antrage des Angeklagten abhängig. Dies widerspräche nicht nur dem ganzen — der Verteidigung geneigten —

---

annos fiscus non occupaverit, postea praescriptione submovebitur. l. 13 D. de div. temp. praescr. 44,3; Hermogenian: . . viginti annorum praescriptio custoditur. — An einen blos laxen Sprachgebrauch (praescriptio = exceptio schon bei Labeo: l. 91 de sol. 46,3 praescriptio doli; ähnlich l. 23D. de excep. 44,1; vgl. Keller, R.C.Pr. n. 494) ist wegen der konstanten Durchführung des Gegensatzes nicht zu denken.

[191]) Arg. l. 40 (39) § 5 D. ad leg. Juliam 48,5 (Papinian); l. 19 § 1 D. ad leg. Cornel. 48,10 (Paulus) etc. Nur einmal findet sich — in der 4. Periode — der Ausdruck exceptio (Dioclet. c. 12 C. ad leg Corn. 9,22: querela falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur nisi viginti annorum exceptione).

[192]) Vgl. Rudorff, R.R.G. II. S. 494. — Cicero de invent. 2,19: quod non aut is agit, quem oportet, aut cum eo quicum oportet aut apud quos, qua lege, qua poena, quo crimine, quo tempore oportet.

[193]) Die Juristen behandeln die Fiskalprozesse in ihren Werken de iudiciis publicis (Inskriptionen des Digestentitels de requirendis 48,17). Vgl. auch den Ausdruck quaestio in l. 3 D. 48,17.

[194]) Nachbildung deshalb, weil die ersten Spuren der Kriminalverjährung weiter zurückreichen, als die der zeitlichen Beschränkung bei Fiskalforderungen. Offen bleibt dabei natürlich die Möglichkeit einer anderen, dem spezifischen Wesen des Fiskalprozesses angepaßten prozessualischen Gestalt.

Charakter[195]) des römischen Strafverfahrens, sondern auch insbesondere dem Wesen des Vorverfahrens,[196]) in dem über die Verjährung endgültig entschieden wurde. Denn dieses Vorverfahren bezweckte nicht die Sammlung von Belastungsmaterial, sondern diente in erster Linie dem Schutze des Angeklagten.

Man muß hiernach annehmen, daß auch für die zeitliche Begrenzung der Fiskalforderungen das Erfordernis der Geltendmachung nicht bestand, und dieses Resultat wird durch die Ausdrucksweise der Quellen bestätigt. Ähnlich wie beim nonusus der Servituten heißt es auch hier:[197]) „nuntiatio bonorum vacantium quadriennio finitur", und die Konstitution[198]) der Kaiser Severus und Antonius lautet:

> Neque commissum, quod ante quinquennium factum dicitur, si lis anticipata non est, vindicari potest, neque pro re, quae in commissi causam cecidit, si ipsa non exstat nec dolo supprimatur, pretium peti potest.

Der ganze Ton dieses Gesetzes ist ein entschieden prohibitorischer: nach Ablauf des quinquennium soll die vindicatio commissi ausgeschlossen sein — ein Verzicht auf diese Vergünstigung ist durch das „non potest" abgeschnitten. Die Berücksichtigung der zeitlichen Beschränkung kann also auch nicht durch die Abgabe einer Willenserklärung seitens des Begünstigten bedingt sein.

II. Dasselbe Resultat ergiebt sich für die Gruppe der temporalen status controversiae.[199]) Auch hier liegen Prohibitivgesetze zu Grunde.

---

[195]) Vgl. Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren. I[8] § 13 S. 51.

[196]) Darüber Mittermaier, l. c. § 13 IV.

[197]) l. 1 § 2 D. de J.F. 49,14.

[198]) l. 2 C. de vect. et comm. 4,61.

[199]) Die zeitliche Beschränkung bei diesen ist offenbar mit derjenigen der vorigen Gruppe verwandt. Auch sie gehört — mindestens vorzugsweise — der cognitio extraordinaria an (vgl. Anm. 47) und auch sie wird daher regelmäßig praescriptio genannt (vgl. l. 2 § 2 D. de stat. def. 40,15: praescriptio quinque annorum, quae statum defunctorum tuetur; l. 5 si ingenuus 40,14: patronum post quinquennium non esse praescriptione temporis submovendum; l. 10 D. de div. temp. 44,3; bezüglich der l. 1 D. si ingenuus 40,14: exceptio temporis, vgl. Anm. 74). In dem immer mehr zurücktretenden, parallel laufenden Formularprozeß (vgl. Anm. 47) wurde sie natürlich durch die allgemeine exceptio temporis (§ 6 I.) geltend gemacht.

Das leitende Motiv für die Anordnung des quinquennium status[200]) war, daß längere Zeit nach dem Tode eines Menschen dessen Status zwar noch verbessert, dagegen nicht mehr verschlechtert werden sollte:[201]) natürlich waltete dabei nicht die Rücksicht auf das Interesse des Toten, sondern die auf das Interesse der vielleicht zahlreichen von ihm abstammenden Lebenden. Diese mußten sämtlich das Judikat gegen sich wirken lassen; es konnte also dem einzelnen Beklagten nicht zustehen, die im Interesse Vieler gegebenen Vorschriften außer Kraft zu setzen.

Übrigens könnten die Quellen klarer, als sie es thun, diesen Charakter der Gesetze nicht kennzeichnen. So heißt es:

> Divus Nerva edicto vetuit post quinquennium de statu quaeri.[202])

Ferner kehren die Wendungen „quaerere non licet,[203]) non quaerendum est“[204]) wiederholt wieder und Papinian[205]) spricht von der „oratio, quae prohibet apud consules et praesides post quinquennium in ingenuitatem proclamare“.

So giebt denn auch Saturninus[206]) in seinem 1. Buche de officio proconsulis diesem die Anweisung:

> qui se ex libertinitate ingenuitati adserant, non ultra quinquennium, quam manumissi fuissent, audientur.

III. Es bleibt von den Fällen zeitlicher Beschränkung aus klassischer Zeit nur noch das quinquennium querelae inofficiosi testamenti. Auch hier kann festgestellt werden, daß die Quellen ein Vorschützen nirgends verlangen. Damit wird man sich bei dem

---

[200]) Die Motive für das quinquennium der proclamatio in ingenuitatem waren ebenfalls öffentlichrechtliche: Reinhaltung des Standes der freien Geburt.

[201]) Unterholzner, Verjährung II. § 289; l. 3 D. ne de statu def. 40,15: Ante quinquennium defuncto status honestior quam mortis tempore fuisse existimabatur vindicari non prohibetur. Idcirco et si quis in servitute moriatur, post quinquennium liber decessisse probari potest.

[202]) l. 4 D. ne de statu 40,15.

[203]) l. 1 pr. D. ne de statu 40,15.

[204]) l. 1 § 2 eod.

[205]) l. 4 D. si ingenuus 40,14.

[206]) l. 2 D. eod.

Dunkel, welches in den Quellen über das quinquennium herrscht,[207]) begnügen müssen, und man wird das auch um so ruhiger thun können, als für sämtliche übrigen bisher erörterten Fälle die Berücksichtigung der zeitlichen Beschränkung von Amtswegen erfolgt.

d) Die Theodosisch-Justinianische Aktionenverjährung.

§ 8.

I. Die Theodosisch-Justinianische Aktionenverjährung beruht — wie bereits erwähnt[208]) — in erster Linie auf der Constantinischen praescriptio longissimi temporis, und es tritt daher zunächst die Frage an uns heran, ob für die letztere das Erfordernis einer besonderen Geltendmachung nachweisbar ist. Diese Frage muß nun entschieden verneint werden. Denn die longissimi temporis praescriptio erscheint, wie wir gesehen haben, ursprünglich als Modifikation der longi temporis praescriptio, und die Quellen bieten nicht den geringsten Anhalt dafür, daß die Berücksichtigung dieser letzteren von der Abgabe einer Willenserklärung des Beklagten bedingt gewesen wäre. Niemand wird auch geneigt sein, diesen Satz aus dem juristischen Wesen der praescriptio longi temporis, die sich stets als Ersitzung darstellt,[209]) zu folgern. Daß man ihn auch aus ihrer Exceptionsnatur nicht herleiten kann, ergiebt sich aus dem früher Gesagten.[210])

Auch für die longissimi temporis praescriptio in ihrer ursprünglichen Gestalt kann daher der Satz nicht gegolten haben. Er hat sich indessen auch später, als sie allmählich die Ersitzungsnatur abstreifte, für sie nicht eingefunden. Das beweist eine im Codex Theodosianus[211]) überlieferte Verordnung des Honorius und Arcadius

---

[207]) So hören wir in l. 8 § 17 D. de inoff. test. 5,2: Plane si post quinquennium inofficiosum dici coeptum est ex magna et justa causa, libertates non esse revocandas, quae competierunt vel praestitae sunt, sed viginti aureos a singulis praestandos victori. Ähnlich wenig ausgiebig l. 28 h. t. und die c. 36 C. h. t. 3,28 von Justinian.

[208]) Vgl. bei Anm. 48 ff.

[209]) Vgl. bei Anm. 48 ff.

[210]) Vgl. oben § 6.

[211]) c. 2, 3 C. Th. de his qui conditionem propriam reliquerunt 12,19. Vgl. Demelius I. S. 93; Puchta, Inst. § 208 S. 67 f.

an den Statthalter von Gallien vom Jahre 400. Hier wird bestimmt, daß ein flüchtiger Kolone, der 30 bezw. 40 Jahre im Dienste einer Stadtgemeinde gestanden hat, vor der quaestio colonatus aut inquilinatus sicher sein soll.[212])[213]) Nun war der Kolone zwar nicht Sklave, indessen wurde er doch in vieler Beziehung ganz so wie ein Sklave behandelt.[214]) Die quaestio inquilinatus ist daher als ein den status controversiae vollkommen gleichstehendes Rechtsschutzmittel aufzufassen. Daß sich die Kaiser dieses Umstandes sehr wohl bewußt waren, beweisen die Wendungen „nihil calumniae super statu suo pertimescat", „ut illic de statu eius sententia proferatur".[215]) Hier tritt also ein neuer Fall der alten „praescriptio" status ganz unbefangen im Gewande der praescr. longissimi temporis[216]) auf. Es ergiebt sich daraus, daß schon damals die zeitliche Beschränkung der status controversiae und die longissimi temporis praescriptio als Erscheinungsarten eines einzigen vollkommen einheitlichen Instituts aufgefaßt wurden[217]).

---

[212]) Nicht hierher gehört das cap. 1 h. t., dessen Inhalt Demelius, l. c. nicht zutreffend wiedergegeben hat (vgl. Jacob. Gothofredus ad h. c.). Es behandelt vielmehr den Fall, daß freie Stadtbürger Kolonen-Weiber heiraten. Die Kinder aus solchen Ehen sollen nicht — wie sonst — ohne weiteres Kolonen werden, sondern noch 40 Jahre lang als Freie von der Stadtgemeinde zurückgefordert und zu den städtischen Ministerien herangezogen werden können.

[213]) c. 2 h. t. Eum igitur, qui curiae vel collegio vel burgis ceterisque corporibus intra eandem provinciam post triginta annos, in alia quadraginta sine interpellatione servierit, neque res dominica neque actio privata continget, si colonatus quis aut inquilinatus quaestionem movere tentaverit.

[214]) Vgl. Savigny, Vermischte Schriften II. (XV.) Über den römischen Kolonat. S. 11, 12.

[215]) c. 3 h. t.

[216]) Daß hier eine Erweiterung bezw. Nachahmung der longissimi temporis pr. vorliegt, beweisen die Fristen von 30 bezw. 40 Jahren (vetustas), die sonst in jener Zeit nicht vorkommen.

[217]) Das allmähliche Ineinanderfließen der verschiedenen Fälle zeitlicher Begrenzung ergiebt sich auch daraus, daß der Ausdruck „praescriptio, praescribere" schon seit Ende der klassischen Periode (Marcian!) in der Bedeutung „Verjährung, verjähren" gebraucht wird. Hierauf hat Fitting (Ztschr. f. R.G. X. S. 337, XI. S. 436; Ztschr. d. Sav. Stft. f. R.G. IX. S. 394 und XIV. S. 259) neuerdings mehrfach aufmerksam gemacht gegenüber der früher verbreiteten Meinung, daß dieser Sprachgebrauch erst mittelalterlich sei. Fitting führt zum Beleg für seine Meinung an: l. 3 D. de requirendis 48,17 (Marcian); l. 1 § 3,5 D. de J. F. 49,14 (Callistratus); l. 5 C. de iniuriis 9,35 (Diocletian

Daß nun die zeitliche Beschränkung der status controversiae auch im jüngsten römischen Recht nicht ausdrücklich vorgeschützt zu werden brauchte, ist schon wegen der Übernahme der oben[218]) besprochenen Fragmente in die Kompilation Justinians zweifellos. Man kann daher eine gleiche Behandlungsweise auch für die praescriptio longissimi temporis mit Sicherheit annehmen.

Darnach erscheint es vollkommen ausgeschlossen, daß das Erfordernis der besonderen Geltendmachung aus diesem Constantinischen Institut in das Theodosische gelangt sei.

II. Aber auch von keinem der klassischen Fälle zeitlicher Beschränkung könnte es dorthin übergegangen sein. Denn nirgends findet sich ein Anhalt dafür, daß die Behandlung dieser Fälle in unserer Frage zur Zeit des Theodosius eine andere war wie in der klassischen Zeit. Insbesondere ist kein Grund zu der Annahme vorhanden, daß der klassische Exceptionsbegriff im Theodosisch-Justinianischen Recht eine Umgestaltung erfahren hätte, aus der sich etwa jetzt das Erfordernis der Geltendmachung für alle Exceptionen und damit auch für die exceptio temporis ergäbe. Zwar mag die Argumentation nahe liegen, daß ohne solche Umgestaltung die Übernahme eines dem Formularverfahren angehörigen Begriffes in die Kompilation Justinians unverständlich blieb. Dennoch ist dieser Schluß nicht berechtigt. Die Übernahme der exceptio war nämlich — ganz abgesehen von anderen Gründen[219]) — schon deshalb nicht zu umgehen, weil bei dem massenhaften Vorkommen des Exceptionsbegriffs in den zu kompilierenden Juristenwerken eine Ausscheidung desselben ohne tiefgreifendste Veränderungen des Textes nicht möglich gewesen wäre. Er war schon in klassischer Zeit eine nahezu unentbehrliche juristische Denkform geworden.[220]) Zudem

et Max. a. 290) und das Summarium zur l. 15 C. Th. de iure fisci 10,1 (praedia per praescriptionem temporis oblata). Einen weiteren Beleg bietet c. 3 de excus. tut. 5,62 (Severus et Antoninus).

[218]) l. 4 D. ne de statu 40,15; l. 2 D. si ingenuus 40,14. Vgl. Anm. 202 ff.

[219]) Vgl. Lenel, Exceptio § 7.

[220]) Hieraus erklärt es sich auch, daß in der klassischen Zeit civile Rechtsquellen neue Exceptionen, exceptiones civiles, schufen. Man verwertete eben das Allen geläufige, volkstümliche Rechtsschutzmittel zur Durchführung neuer Civilrechtssätze, die infolgedessen äußerlich im amtsrechtlichen Gewande auftreten.

sind höchstwahrscheinlich auch im jüngsten römischen Prozeß die Formeln niemals gänzlich außer Gebrauch gekommen,[221]) so daß ein großer Teil der Formellehre für die Praxis einen großen Wert behielt. Demgemäß haben die Kompilatoren sich damit begnügt, in den auf die exceptio bezüglichen Stellen den gerade im Exceptionsbegriff scharf hervortretenden Gegensatz zwischen Volks- und Amtsrecht durch den — historisch berechtigten, dogmatisch unbrauchbaren[222]) — Gegensatz von ius strictum und ius aequum zu ersetzen.[223]) Im übrigen haben sie die exceptio unverändert beibehalten. Die Folge dieser rein äußerlichen Übernahme des antiquierten, im wesentlichen inhaltslos gewordenen Begriffs ist der im jüngsten römischen Recht mehrfach hervortretende laxe Sprachgebrauch, welcher den Ausdruck exceptio auch auf die nach klassischem Recht ipso iure wirkenden Verteidigungsmittel anwendet.[224])

Man kann sonach aus dem Umstande, daß die Theodosische Aktionenverjährung im Anklange an die honorarische exceptio

---

[221]) Schon der Bequemlichkeit wegen haben wahrscheinlich die Parteien auch im spätkaiserlichen Verfahren vielfach die alten Formeln verwendet; vgl. Theophilus, Inst. IV. 13 § 1: *τούτου χάριν κινοῦντι μοι τὴν* ex stipulatu *ἀντιθήσεις παραγραφὴν λέγων· ἀλλ' εἰ μὴ κατὰ φόβον ἐπηρωτήθην* etc. Diese Formel und die Formel für die exceptio doli (*ἀλλ' εἰ μὴ κατὰ δόλον ἐνοχός σοι γέγονα*) kann Theophilus weder aus Gajus noch aus den Inst. Just. ausgeschrieben haben, da sie dort nicht wiedergegeben sind — man wird daher (mit Lenel, Exceptio § 7) annehmen können, daß sie ihm aus der Praxis bekannt waren. Vgl. über die fortdauernde Bedeutung des Formelwesens Wlassak in Pauly-Wissowa, Realencyklopädie Art. actio II. a. E. S. 306.

[222]) Vgl. darüber Lenel, Exceptio § 6.

[223]) Das beweisen die Änderungen in Inst. de exceptionibus IV. 3 gegenüber Gajus IV. 115 ff.: z. B. pr. h. t. ipsa persecutio iusta (Gajus: jure civili teneatur), tamen iniqua adversus eum cum quo agitur (Gajus: sed iniquum sit, eum iudicio condemnari). Vgl. Zimmern, G. d. R.Pr.R. III. § 91 a. E., der übrigens keineswegs (wie Bethmann-Hollweg, C.Pr. III. § 154 a. 15) eine Änderung des Exceptionsbegriffs annimmt.

[224]) Z. B. c. 30 § 2 C. de jur. dot. 5,12: usucapionis exceptio. Andere Beispiele bei Albrecht, die Exceptionen § 17; vgl. Bethmann-Hollweg, C.Pr. § 154 a. 16 ff; Förster-Eccius, Pr.Pr.R. I. § 53 a. 3. — Albrecht geht übrigens wohl zu weit, wenn er annimmt, daß der Ausdruck exceptio im jüngsten röm. Recht für alle Einwendungen des Beklagten gebraucht worden sei; dafür sind die vorhandenen Belege nicht zahlreich genug; man empfand doch immer noch einen gewissen Unterschied, zumal da der Begriff des ius civile bei den Römern niemals ganz in Vergessenheit geraten ist.

temporis gelegentlich[225]) als exceptio bezeichnet wird, für unsere Frage keine Schlüsse ziehen.

III. Das Erfordernis der besonderen Geltendmachung kann also von keinem der älteren Fälle zeitlicher Beschränkung in die Theodosische Aktionenverjährung übergegangen sein. Es bleibt daher nur die Möglichkeit, daß es mit der Theodosischen Verjährung für diese neu entstanden ist.

Gegen eine solche Annahme spricht aber entschieden der Umstand, daß Theodosius nicht eigentlich ein neues Institut schaffen, sondern nur ein bereits vorhandenes erweitern wollte.[226])

Dabei dachte er in erster Linie an die praescriptio longissimi temporis Constantins. Andererseits schwebten aber sämtliche älteren Fälle der — kaiserlichen und honorarischen — Temporalität dem Kaiser als ganz einheitliches Institut vor. Dies ergiebt die Wendung des Gesetzes:

> Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquitus fixis temporibus limitantur (limitabantur Cod. Just.)[227])

Hier werden alle jene älteren Fälle gegenüber der neuen Verjährung in einer Weise zusammengefaßt, die deutlich erkennen läßt, daß für den Kaiser lediglich der Zeitunterschied in Betracht

---

[225]) z. B. c. 8 § 1 C. de praescript. XXX. 7,39.

[226]) Vgl. die Anfangsworte des Theodosischen Gesetzes: Sicut in rem speciales ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur (c. 3 C. de praescript. XXX. vel XL. an. 7,39). Vgl. Demelius, Abh. I. S. 94. — Dadurch, daß Theodosius gerade hier anknüpfte und infolgedessen seine allgemeine Aktionenverjährung auf die actiones in rem ausdehnen mußte, legt er das — bereits durch die Konstantinische praescriptio longissimi temporis in ihrer damaligen Gestalt geschaffene — rechtliche Gebilde des dominium sine re gesetzlich fest. Denn da auch bei den actiones in rem nur die actio, die „dingliche Forderung" (ein der klassischen Zeit fremder [vgl. Wlassak, Art. actio in rem], gerade auf Grund dieser Verjährungsgesetze gebildeter Begriff) durch die Verjährung verloren geht, und da andererseits das dingliche Recht nicht wie das persönliche in der actio aufgeht, so bleibt nach Verjährung der actio in rem das dingliche Recht in perpetuum zurück, ein Zustand, welcher de lege ferenda (vgl. Fischer, R. u. Rschtz. § 10) gewiß nicht zu billigen ist.

[227]) § 3 c. una C. Th. de act. cert. temp. 4,14 (§ 2c. 3 C. J. cit.) — Vgl. Demelius Abh. I. § 13.

kommt. Da zu diesen älteren Fällen nun auch die praescriptio der status controversiae gehört und diese wiederum, wie wir gesehen haben,[228]) schon zu des Arkadius Zeit von der longissimi temporis praescriptio begrifflich nicht mehr getrennt wurde, so ergiebt sich, daß im Grunde nicht die longissimi temporis praescriptio allein, sondern sie, die älteren kaiserlichen Fälle zeitlicher Beschränkung und die honorarische Temporalität zusammen das Institut waren, dessen allgemeine Anwendung Theodosius verordnete. Wir können somit nicht annehmen, daß ein Erfordernis, welches allen diesen Fällen fremd ist, für die neue Theodosische Verjährung besteht, falls es nicht — was für das Erfordernis der Geltendmachung nicht zutrifft — in dem Theodosischen Gesetze ausdrücklich angeordnet ist.

Dieses Resultat wird durch Ausdrucksweise und Wesen des ganzen Gesetzes entschieden bestätigt. Denn dieses trägt durchaus denselben prohibitorischen Charakter — nur noch schärfer ausgeprägt — wie er den älteren, zeitliche Beschränkungen anordnenden Kaiserkonstitutionen eigen war. Zwar ist neuerdings von Regelsberger[229]) die Auffassung geltend gemacht worden, daß nach dem Gesamteindruck des Gesetzes der Kaiser durch seine Verjährung nicht „die Aufhebung des Anspruchs" herbeiführen, sondern nur „dem Verpflichteten ein Recht auf Verhinderung der gerichtlichen Durchführung" desselben geben wollte. Indessen kann dieser Auffassung — ganz abgesehen davon, ob aus ihr ohne weiteres das Erfordernis der Geltendmachung zu folgern wäre — nicht beigetreten werden. Für Regelsberger[230]) könnte ausschließlich die Wendung „erit triginta annorum praescriptio metuenda" sprechen. Diesen Worten kann aber kein anderer Wert beigemessen werden wie den oben[231]) besprochenen Ausdrücken „obicere, opponere exceptionem", zumal die übrigen Wendungen des Gesetzes unsere Auffassung voll bestätigen.[232]) Mit Ablauf der Zeit soll eine actio überhaupt nicht mehr existieren:

---

[228]) Vgl. bei Anm. 211 ff.
[229]) Regelsberger, Pand. I. § 186 S. 666.
[230]) Der übrigens ein „Schillern" der Ausdrücke zugiebt.
[231]) Vgl. Anm. 161.
[232]) Vgl. auch Fischer, R. u. Rschtz. S. 123.

„Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur;[233]) actiones triginta annorum jugi silentio . . vivendi ulterius non habeant facultatem,“[234])

heißt es, und am Ende des Gesetzes[235]) wird noch einmal ausdrücklich jede Möglichkeit, eine verjährte actio anzustellen, mit den Worten abgeschnitten:

„Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus.“

Die Absicht, nach Ablauf der Zeit jeden Rechtsstreit über einen in Vergessenheit geratenen Thatbestand für immer abzuschneiden, geht besonders aus diesen letzteren Worten klar hervor: auch Theodosius will eben, wie einst Nerva und Hadrian,[236]) nicht nur das Interesse des Einzelnen, sondern vielmehr noch die Interessen der Gesamtheit, der öffentlichen Ordnung durch sein neues Institut wahren. Dies wird durch die damaligen Zeitverhältnisse leicht erklärlich. Denn überall herrschte Verwirrung, und auch der Angesehenste scheute sich nicht, unter dem Scheine des Rechts Gewalt gegen die Schwächeren zu üben.[237]) Der beste Vorwand für die Gewaltthat ist aber stets die Berufung auf ein längst vergessenes Recht gewesen.

Daß Theodosius in der Beseitigung solcher Zustände den vornehmlichsten Zweck des Verjährungsinstituts erblickte, berichtet einer seiner Nachfolger Valentinian III.,[238]) ausdrücklich mit den Worten:

... lex domini patris clementiae meae Theodosii perennis Augusti, qua virtutum suarum morem secutus, humano generi profunda quiete prospexit, constituens post triginta annos nulla penitus jurgia, quae medio tempore mota non fuerant, excitari.

---

[233]) § 2 c. 3 C. J. cit.

[234]) § 1 eod.; vgl. auch pr. eod. oben Anm. 226.

[235]) § 3 eod.

[236]) Vgl. bei Anm. 199 ff.

[237]) Charakteristisch ist für diese Epoche der von Symmachus, ep. l. 10,48 berichtete Prozeß des Olibrius. Vgl. Bethmann-Hollweg, C.Pr. Anh. II., bes. auch S. 371.

[238]) Novel. Valent., tit. 26 § 3.

Und dementsprechend heißt es dann weiterhin:[239])

post triginta annorum curricula nulla deinceps actio moveatur. Et negotium, de quo per expressa tempora solenniter nemo pulsavit, novum nemo proponat. . . ut post triginta annos perniciosa omnium causarum propositio conquiescat.

Auch die späteren Kaiser betrachteten die Verjährung unter diesen Gesichtspunkten. So bezeichnet Anastasius[240]) seine Ziele bei Einführung der subsidiären vierzigjährigen Verjährung mit den Worten:

Omnes nocendi quibuslibet modis artes omnibus amputantes etc.

und Justinian[241]) sagt:

Nemo itaque audeat neque actionis familiae erciscundae neque communi dividundo . . . neque alterius cuiuscumque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari.

Das Theodosische Gesetz hat also den prohibitorischen Charakter der älteren einschlägigen Kaiserkonstitutionen bewahrt: damit ist aber, wie die Zulässigkeit des Verzichts auf die eingetretene Verjährung, so auch das Erfordernis der besonderen Geltendmachung der Verjährung unvereinbar.

Neben der Theodosischen Aktionenverjährung kommt im jüngsten römischen Recht für unsere Frage nur noch die Behandlung des nonusus der Servituten in Betracht; denn alle übrigen Fälle zeitlicher Beschränkung — mit Ausnahme des antiquierten biennium ex lege Furia — sind, wie wir gesehen haben, in der Theodosisch-Justinianischen Aktionenverjährung aufgegangen. Mit Rücksicht auf das bereits oben[242]) für den nonusus gewonnene Resultat kommen wir also zu dem Gesamtergebnis, daß die Wirksamkeit in allen denjenigen Fällen zeitlicher Beschränkung, welche wir heute

---

[239]) eod. l. § 4, § 8.

[240]) c. 4 pr. C. de praescr. XXX. vel XL. an. 7,39.

[241]) c. 1 § 1d C. de ann. except. 7,40.

[242]) Vgl. § 3 a. E.

unter dem Begriff der erlöschenden Verjährung zusammenfassen, von der Abgabe eines besonderen Willensakts seitens des Verpflichteten nicht abhing, mit anderen Worten, daß die erlöschende Verjährung im jüngsten römischen Recht, und in Rom überhaupt, stets von Amtswegen berücksichtigt wurde.

B. Das mittelalterlich-italienische Recht.

I.

Das Vorschützen der exceptio im allgemeinen.

a) Die exceptio juris der Glosse.

§ 9.

Vergebens durchsucht man die juristische Litteratur des 11. und 12. Jahrhunderts nach einer direkten Antwort auf unsere Streitfrage: weder in den spärlichen Resten der vorbolognesischen Schriften[243]) noch in den Werken der Glossatoren[244]) wird dieselbe besonders erörtert. Die früheste Spur von ihr findet sich vielmehr erst bei dem Kanonisten Hostiensis († 1271).[245]) Schon hier

---

[243]) Durchgesehen wurden: die beiden fingierten Konstitutionen Justinians (Ed. Klenze, Zeitsch. f. gesch. R.W. VIII. S. 238 ff.); der Brachylogus (Ed. Böcking, Berlin, 1829); Petri Exceptiones legum Romanorum (Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mitt.-A. Bd. II. Anh. I. A.); die von Fitting herausgegebenen „Juristischen Schriften des früheren Mittelalters" (Halle, 1876).

[244]) Durchgesehen wurden: Rogerius, de praescriptionibus (Lugd. 1567); Dissensiones dominorum (Ed. Haenel); Pillius, Tancred, Gratia, libri de ordine iudiciorum (Ed. Bergmann); Bagorotus, de exceptionibus dilataroriis; Placentin, Summa in Codicem (Mogunt. 1537); Azo, Summa in Codicem und in Institutiones (Ed. Lugd. 1530); die hinter diesen beiden Schriften abgedruckten Summae des Hugolinus (Digesten), Placentin-Pillius (tres libri), Johannes Bassianus (Authentic.); Glossa ordinaria. Die Durchsicht ist natürlich bei den größeren Schriften, zumal bei der Glossa ordinaria, nicht erschöpfend gewesen. Bei der letzteren sind die einschlägigen Titel durchgesehen, im übrigen nur die Indices benutzt worden.

[245]) Hostiensis, Summa, Lib. II. de praescriptionibus rerum immobilium nº 6: Et quidem quoad personales actiones iste est effectus (sc. praescriptionis), ut omnino perimantur elapso tempore: extinguuntur enim et ultra vivere non possunt . . . hoc autem non ipso jure, intelligas: sed ope exceptionis coram judice appositae et probatae.

aber wird die Frage abweichend von dem im Obigen für das römische Recht gefundenen Ergebnisse beantwortet. Hostiensis verlangt das Vorschützen der Verjährung, und zwar auf Grund des allgemeinen Satzes, daß jede exceptio vorgeschützt werden müsse. Da wir gesehen haben, daß auch dieser letztere Satz dem römischen Recht fremd ist, so erscheint es bei seinem großen Wert für unsere Frage zweckmäßig, zunächst seine Herkunft und Bedeutung, sowie überhaupt den Exceptionsbegriff der Glosse festzustellen, ehe wir unsere Frage selbst für das mittelalterlich-italienische Recht zu beantworten versuchen.

Anknüpfend an den oben[246]) erwähnten freieren Sprachgebrauch des jüngsten römischen Rechts verstehen die Glossatoren unter exceptio zunächst jede Einwendung des Beklagten, die nicht in einer einfachen Leugnung des Klagegrundes besteht.[247]) Da sie aber nicht übersahen, daß die Römer den Ausdruck exceptio gewöhnlich in einem engeren Sinne, im Gegensatze zu den ipso iure (bezw. officio iudicis) wirksamen Verteidigungsmitteln gebrauchen, so nahmen sie neben dem weiteren Exceptionsbegriff noch einen engeren, eigentlichen an und gelangten so zu der bekannten — schon für des Martinus Zeit nachweisbaren[248]) — Unterscheidung zwischen exceptiones iuris und exceptiones facti.[249]) Mit dem ersteren Ausdruck wollte man dabei die eigentlichen römischen exceptiones bezeichnen.

---

[246]) Vgl. Anm. 224.

[247]) Vgl. hierzu Albrecht, Die Exceptionen, § 20 ff. — Übrigens behandelt Albrecht die gesamte Litteratur von den Glossatoren einschließlich bis zur Zeit des J.R.A. als einheitliche Masse, so daß manche seiner Ausführungen auf diese Epoche nicht berechnet ist.

[248]) Vgl. Landsberg, Glosse des Accursius S. 151 n. 1.

[249]) Vgl. Azo, Summa in Cod. 8,35 n. 3: Est autem sciendum, quod exceptio quandoque ponitur large quandoque ponitur stricte. Large ponitur pro omni defensione, quae reo competit etiam si nulla actori competat actio: et tunc quidem vocant eam exceptionem facti. Sed ego commodioribus verbis dico eam exceptionem intentionis . . . Stricte vero ponitur et proprie pro ea defensione, quae competit reo contra actionem competentem in eum. Sic ergo dicetur exceptio actionis exclusio. Vgl. ferner Gloss. ord. ad l. 2 D. 44,1: . . intentio vel ipso iure tenet et tunc dicitur exceptio actionis: vel ipso iure non tenet et tunc dicitur exceptio intentionis: ut hic innuit, et hoc est, quod dicunt exceptionem facti. Vgl. Odofred ad l. 2 D. 44,1. Vgl. Bethmann-Hollweg, C.Pr. VI. 1 S. 55.

Bei der Feſtſtellung des Begriffs der exceptio iuris mußte man nun aber auf Schwierigkeiten ſtoßen. Man ſah, daß die Quellen ein durch exceptio entkräftetes Recht einerſeits als beſtehend, andererſeits als nicht beſtehend betrachteten. Dies erſchien als Rätſel. Daß hier lediglich die hiſtoriſche Natur der exceptio zum Ausdruck kam, vermochten die Gloſſatoren bei dem Stande der damaligen geſchichtlichen Bildung nicht zu verſtehen. Andererſeits konnten ſie ſich bei dem matten Gedanken der Kompilatoren,[250]) daß die exceptio das auf der aequitas beruhende Verteidigungsmittel ſei, nicht — wie vor ihnen die Schule von Ravenna[251]) — zur Ruhe geben. So griff man zur Philoſophie, und unter deren Einfluß entſtand der moderne[252]) Exceptionsbegriff, der Begriff des „Verteidigungsmittels, durch welches das an ſich exiſtierende Recht unwirkſam gemacht, ausgeſchloſſen wird".

Dieſe Begriffsbeſtimmung ſpiegelt ſich ſchon in den Bezeichnungen „exceptio iuris" und „exceptio facti" wieder.[253]) Der Kläger, dem eine exceptio facti entgegenſteht, klagt nur de facto, er hat kein Recht und folgeweiſe[254]) auch kein Klagerecht, „nulla ei competit actio"; ſteht ihm aber eine exceptio iuris entgegen, ſo klagt er de iure, ſein Recht und Klagerecht beſteht (actio competit), es iſt nur unwirkſam, wird ausgeſchloſſen „et sic dicitur actionis exclusio".[255])

---

[250]) Vgl. Anm. 223.

[251]) Die Ravennaten ſchrieben einfach die römiſchen Quellen aus. Z. B. Brachylogus IV. 29: Est autem exceptio contra actionem ipso iure tenentem gratia eius, cum quo agitur ex aequitate inducta defensio. — Vgl. Libellus de verbis legalibus c. 18. (Ed. Fitting).

[252]) Vgl. z. B. Wetzell, Syſtem § 17: „Die Exceptionen haben gemein, daß ſie das Recht nicht in ſeiner Exiſtenz angreifen, ſondern es nur unwirkſam machen."

[253]) Vgl. Albrecht, Exceptionen § 23.

[254]) Die damalige Doktrin faßt nämlich das Klagerecht auf als ein beſonderes, aus der konkreten Obligation hervorgehendes („obligatio est mater et causa actionis", gl. „actio autem" J. 4,6 in princ.) Recht („actio est ius ead. gl.) auf gerichtliche Verfolgung („ponitur . . quandoque pro iure agendi vel persequendi", ead. gl.). Unter obligatio werden dabei auch „dingliche Forderungen" verſtanden (gl. „quod sibi debetur". J. 4,6).

[255]) Vgl. Azo, Summa in Cod. 8,35 n. 3.

Dieſe Definition der exceptio iuris hat ſich Jahrhunderte lang erhalten; dennoch iſt ſie nicht nur den römiſchen Quellen fremd, ſondern — in der angegebenen Faſſung wenigſtens — zweifellos auch unlogiſch. „Die Idee eines exiſtierenden und doch rechtlich unwirkſamen Rechts enthält eine contradictio in adjecto“.[256]) Man ſpricht eben dem Recht mit der Wirkſamkeit, d. h. mit der Möglichkeit, auf die Geſtaltung der Außenwelt und der Lebensverhältniſſe maßgebenden Einfluß zu gewinnen, ſeine weſentlichſte Eigenſchaft, ja diejenige Eigenſchaft, durch welche es überhaupt exiſtiert, ab und behauptet trotzdem ſeine Fortexiſtenz.

Es iſt eine auffallende Erſcheinung, daß dieſer Fehler nicht nur gemacht wurde, ſondern auch eine ſo große und dauernde Bedeutung gewinnen konnte. Indeſſen findet dies gerade dadurch ſeine Erklärung, daß die Gloſſatoren ihren Exceptionsbegriff unter dem Einfluß falſch angewendeter Lehren der damaligen ſcholaſtiſch-ariſtoteliſchen Philoſophie gebildet oder doch wenigſtens zu begründen verſucht haben. Daß dem ſo iſt, dürfte ſich aus ihren Bemerkungen zu § 1 bezw. § 3 I. de exceptionibus 4,13 ergeben. Dort ſagt Juſtinian von dem Stipulationsſchuldner, welcher durch Zwang oder Argliſt zum Abſchluß des Vertrages veranlaßt worden iſt:

> palam est iure civili te obligatum esse et actio quae intenditur dare oportere efficax est; sed iniquum est te condemnari; ideoque datur tibi exceptio metus causa aut doli mali aut in factum composita ad impugnandam actionem.

Ähnlich heißt es in § 3 eod. von dem Schuldner, welcher ein pactum de non petendo geſchloſſen hat:

> efficax est adversus eum actio, qua actor intendit „si paret eum dare oportere“. Sed quia iniquum est contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

---

[256]) Lenel, Exceptionen S. 104 § 12. — Dieſer Satz kann indeſſen unbedingte Geltung nur dann beanſpruchen, wenn man den Fall im Auge hat, daß einem Recht die Wirkſamkeit für alle Zukunft und unter allen Umſtänden entzogen iſt. So verhielt es ſich mit einem ope exceptionis untergegangenen Recht in Rom. Zur Gloſſatorenzeit hatte dies, wie wir ſehen werden, ſich geändert, ohne daß übrigens dieſe Veränderungen für die Bildung des Begriffs der exceptio iuris in dem oben angegebenen Sinne ausſchlaggebend geweſen wäre. Vgl. unten § 11.

Dieſen Wendungen kommt für die römiſche Exceptionstheorie keine andere Bedeutung zu wie den bereits oben beſprochenen ähnlichen Stellen. Juſtinian will ſagen: stricto iure, iure civili würde die Stipulationsobligation in ſolchen Fällen rechtsbeſtändig ſein, nach jüngerem, prätoriſchem Recht iſt aber die actio durch exceptio ausgeſchloſſen. Dabei erſetzt er aus bereits erörterten Gründen[257]) den Begriff des prätoriſchen Rechts durch denjenigen der aequitas.

Die Gloſſatoren knüpften hier aber ihre Theorie von der exceptio juris an. Azo[258]) und im Anſchluß an ihn Accurſius ſagen zu dem Worte efficax:

Azo zu § 3 cit.: Sed ita intellige, quod efficax sit actio in sui substantia. Est enim debitor de iure civili et naturali obligatus et pure: et in praesenti datur actio. Non tamen est efficax, quantum ad actionis opem. — Vel dic efficax est inspecto genere; nam si dicit „promisit mihi“ semper prima facie videtur reus condemnandus. Sed si ad qualitatem descendas: quod sic promisit seu metu vel dolo vel in diem: non est efficax. Quod si dico X te mihi singulis annis debere et tu negas: nonne prorsum contra te statim agere, ut suis temporibus solvas? quod puto posse.

Gl. ord. zum § 1 cit.: Scilicet in sui substantia. Nam civiliter et naturaliter est obligatus, et pure: sed non efficax quantum ad opem exactionis. — Vel dic efficax est inspecto genere: nam prima facie condemnandus videtur; sed inspecta qualitate: quia sit dolo facta vel metu vel simili causa impediatur, est inefficax. Et ita expone in sequentibus casibus.

Beide Ausführungen zerfallen in zwei, jedesmal durch „vel“ getrennte Teile, deren zweiter für uns hier nur wenig in Betracht kommt. Er läuft dem erſten parallel und ſpricht lediglich den Gedanken aus, daß in den von Juſtinian angedeuteten Fällen zwar ein Vertrag abgeſchloſſen ſei und daher die generellen Voraus-

[257]) Vgl. § 8.

[258]) Azo, Summa ad Inst. h. t.

ſetzungen zum Zuſtandekommen einer obligatio vorhanden geweſen ſeien, indeſſen ſei der Vertrag doch unter beſonderen Verhältniſſen (dolus, metus etc.) geſchloſſen, und infolge dieſer ſeiner beſonderen Beſchaffenheit[259]) nicht geeignet, eine rechtsbeſtändige Obligation zu erzeugen. Es wird alſo mit dieſen Worten nicht ſowohl eine juriſtiſche Konſtruktion der Exceptionswirkung gegeben, ſondern es wird hier nur eine Klarlegung des Grundes dieſer Wirkung unternommen.[260]) Anders der erſte Teil der beiden Erörterungen: dieſer enthält die Konſtruktionsfrage und löſt ſie in dem bereits angegebenen Sinne unter Verwertung des metaphyſiſchen Begriffs der Subſtanz.

In der ariſtoteliſch-ſcholaſtiſchen Philoſophie wird der Ausdruck substantia in zwei Bedeutungen verwendet, die hier in Betracht kommen könnten.[261]) Einerſeits verſteht Ariſtoteles unter *οὐσία*, Subſtanz, den durch die Form (*εἶδος*) individualiſierten Teil der Materie (*ὕλη*), das Einzelding, den Ausgangspunkt ſeiner ganzen Metaphyſik. Andererſeits bezeichnet er mit *οὐσία*, Subſtanz, aber auch die Form (*εἶδος*) ſelbſt, unter der man indeſſen nicht etwa die äußere Geſtalt eines Einzeldings, ſondern ſein inneres beſtimmendes Prinzip, ſein begriffliches Weſen (*τὸ τί ἦν εἶναι*) zu verſtehen hat. An jede dieſer beiden Bedeutungen könnten Azo und Accurſius gedacht haben — in jedem Falle würde die gemachte Anwendung eine fehlerhafte ſein.

Wenn Azo den Ausdruck substantia in unſerer Stelle in dem Sinne von *οὐσία* = Einzelding gebraucht haben ſollte, könnte es vollkommen dahingeſtellt bleiben, ob er, ohne fehlerhaft zu werden, von dem Fortbeſtande der substantia auch nach Wegfall

---

[259]) Übrigens operiert die Gloſſe auch in dieſem Teile der Ausführungen bewußt mit philoſophiſchen Begriffen; wenigſtens iſt dies nachweisbar für den Begriff des genus. Von dieſem ſagt nämlich die Gloſſe an anderen Stellen (gl. in creditum ad l. 2 de reb. creditis 12,1): et nota, quod genus dicitur, quod praedicatur de pluribus differentibus specie. Species autem est, quae praedicatur de pluribus differentibus numero secundum Porphyrium, Definitionen, welche aus der damals als Lehrbuch vielbenutzten, auf Aristoteles beruhenden Schrift des Porphyrius herrühren. Vgl. Porphyrii Introductio p. 26 (25) und p. 27 (11). Comment. in Arist. graec. IV. 1.

[260]) Zu den Worten genere und qualitatem (qualitate) in beiden Ausführungen iſt ſtets das Wort stipulationis hinzuzudenken.

[261]) Vgl. Zeller, Philoſophie der Griechen II. 2 S. 303 ff.; Zeller, Grundriß der Geſch. der Phil. § 55 ff.; Überweg, Syſtem der Logik § 47, § 56.

ihrer Wirkſamkeit (ops exactionis) zu ſprechen berechtigt war. Der unheilbare Fehler der Deduktion würde in dieſem Falle ſchon darin liegen, daß Azo dieſen Subſtanzbegriff überhaupt auf die actio angewendet hat. Denn das ſubjektive Recht, und damit auch die actio im Sinne der Gloſſe, hat niemals körperliche Exiſtenz, ſondern es bleibt, trotz aller ihm zukommenden Realität, das „Ergebnis menſchlichen Denkens, Fühlens und Wollens“.[262]) Das ariſtoteliſche Einzelding dagegen iſt ſtets etwas Körperliches, Stoffliches, ein Teil der Materie. Azo und Accurſius wären hier alſo in den auch von der modernen Jurisprudenz keineswegs immer vermiedenen Fehler verfallen, daß ſie einen metaphyſiſchen bezw. naturwiſſenſchaftlichen Satz, welcher nur im Gebiete der Körperwelt Geltung hat, auf die ideellen Gebilde des Rechts anwendeten.[263]) Die Gefährlichkeit dieſes Beginnens zeigt ſich auch hier wieder.

Indeſſen hat wohl Azo das Wort substantia nicht in dem Sinne von *οὐσία* = Einzelding, ſondern in der zweiterwähnten Bedeutung von *οὐσία* = forma, begriffliches Weſen *(τὸ τί ἦν εἶναι)* gebraucht. So verwendet es bereits Paulus, wenn er in ſeinen Inſtitutionen[264]) von obligationum substantia ſpricht, und der Gloſſe iſt dies nicht entgangen.[265]) Hier konnte ſich alſo Azo für ſeine „substantia actionis“ auf das Vorbild der römiſchen Quellen berufen.

Zudem war die Anwendung des Subſtanzbegriffs in dieſem Sinne auf die actio auch an ſich nicht unberechtigt. Denn ein begriffliches Weſen kommt jedem Realen zu, auch wenn ihm — wie der actio — die körperliche Exiſtenz mangelt. Das begriffliche Weſen eines — körperlichen oder unkörperlichen — Dinges findet nun aber ſeinen Ausdruck in deſſen verſchiedenen Eigenſchaften;

---

[262]) Vgl. Schuppe bei Gruchot 34 S. 801 ff.; Fischer, Das Problem der Identität und der Neuheit S. 25.

[263]) Gegen dieſe Methode Schuppe und Fischer a. a. O.

[264]) In der bekannten l. 3 pr. D. de O. et A. 44,7 (Paulus l. 1 Inst.) obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

[265]) Vgl. gl. „obligationum substantia“ ad l. 3 cit.: id est esse et natura proficiscens ex contractu vel quasi. Entſprechend ſagt gl. „forma“ ad l. 7 D. de acquirendo 41,7: forma id est esse rei.

ändern ſich dieſe, ſo ändert ſich meiſt auch das begriffliche Weſen ſelbſt. Ariſtoteles unterſchied in dieſer Beziehung zwiſchen begrifflich gleichgültigen (συμβεβηκότα im weiteren Sinne, Accidentien) und begrifflich weſentlichen Eigenſchaften.

Bei der actio gehört die Wirkſamkeit zweifellos zu dieſer zweiten Klaſſe, und wenn Azo die Wirkſamkeit der actio negierte, konnte er daher von einer actio überhaupt nicht mehr reden. Da er dies doch thut, ſo hat er die Wirkſamkeit offenbar als bloß accidentelle Eigenſchaft aufgefaßt. Dieſer Fehler wird einerſeits dadurch erklärlich, daß Ariſtoteles es unterlaſſen hat, feſte Kriterien aufzuſtellen, nach welchen im einzelnen Falle die Scheidung zwiſchen begrifflich weſentlichen und begrifflich gleichgültigen Eigenſchaften durchzuführen ſein ſollte, eine Unterlaſſung, infolge deren Ariſtoteles ſelbſt gelegentlich in den von Azo begangenen Fehler verfallen iſt.[266]) Andererſeits mußte Azo zu ſeinem Irrtum dadurch geradezu verlockt werden, daß er bei ſeiner Erörterung von dem Fall einer bloß dilatoriſchen exceptio pacti de non petendo ausging und — entgegen den römiſchen Quellen — annahm, daß hier die Klage jederzeit auch vor Ablauf der Stundungsfriſt erhoben werden könne und nur die Vollſtreckung aufgeſchoben ſei.[267]) Hier beſteht allerdings die actio (im Sinne der Gloſſatoren) ihrem Begriff nach fort, weil die exceptio pacti ihr nicht die geſamte Wirkſamkeit entzieht, ſondern nur einen Teil derſelben ergreift. Indem Azo dieſen Gedanken unberechtigter Weiſe generaliſierte und auf die peremptoriſchen exceptiones metus und doli ausdehnte, gelangte er ganz unvermerkt zu der falſchen Auffaſſung, daß die Wirkſamkeit der actio eine bloß accidentelle Eigenſchaft derſelben ſei. Accurſius iſt ihm darin willig gefolgt; er hat die Ausführung des Azo aller Hindeutungen

---

[266]) Nämlich in ſeiner Elementenlehre, wo er das Weſen der vier Elemente, Feuer, Waſſer, Luft, Erde, darin erblickt, daß das Feuer warm und trocken, das Waſſer kalt und feucht, die Luft warm und feucht, die Erde kalt und trocken iſt, und annimmt, daß die Elemente durch Veränderung dieſer Eigenſchaften in einander übergehen. Vgl. Zeller, Die Philoſophie der Griechen II. 2 S. 439 ff. In Wahrheit ſind dieſe Eigenſchaften der Elemente nur συμβεβηκότα im weiteren Sinne, begrifflich zufällige.

[267]) Das bedeuten die Worte Azos: et in praesenti datur actio, und die Schlußworte: nonne prorsum contra te etc.

auf den urſprünglichen Ausgangspunkt entkleidet[268]) und ihr durch den Zuſatz: et ita expone in sequentibus casibus den Stempel eines allgemein gültigen Satzes aufgedrückt.

Unter fehlerhafter Verwertung des ariſtoteliſchen Subſtanzbegriffes[269]) war die Gloſſe ſo zu einer ſcheinbaren Begründung ihrer Exceptionstheorie gelangt. Bei der Abneigung der damaligen Jurisprudenz vor allgemein-theoretiſchen Erörterungen und bei dem erdrückenden Anſehen der ariſtoteliſchen Philoſophie im ganzen Mittelalter wird es leicht verſtändlich, daß man ſich bei dieſer Theorie beruhigte: Das philoſophiſche Gewand diente hier — wie oft — dazu, die Mängel der juriſtiſchen Deduktion zu verſchleiern.

---

[268]) Er ſetzt die Ausführung zum § 1, während ſie bei Azo zum § 3 gehört, ſetzt ſtatt der Worte seu metu vel dolo vel in diem die Worte: seu metu vel dolo vel simili causa, und läßt auch die übrigen, auf die exceptio pacti bezüglichen Wendungen Azos fort.

[269]) Übrigens hat Azo — und nach ihm Accursius — vielleicht irgend einen inneren Zuſammenhang zwiſchen den beiden Teilen ſeiner Ausführung angenommen. Wenigſtens bringt er an anderer Stelle den Subſtanzbegriff mit dem Begriff des genus in Zuſammenhang; in der gl. „substantia" ad l. 9 D. ad exh. 10,4 heißt es nämlich: Sed in Topicis Aristoteles ponit pro membro sub suo genere posito in specie vel divisione: quae idea Graece dicitur, secundum Azonem. Die Stelle iſt — wie ſchon Landsberg, Gloſſe S. 238, hervorgehoben hat — unverſtändlich. Möglicherweiſe will Azo in ihr eine Definition der substantia in dem Sinne von *τὸ τί ἦν εἶναι* geben, worauf wenigſtens die Gleichſtellung der platoniſchen Idee hindeutet, welche in dem Syſtem Platos eine dem ariſtoteliſchen *τὸ τί ἦν εἶναι* entſprechende Stelle einnimmt. Im übrigen iſt die Definition vielleicht eine verwirrte Wiedergabe von Arist. Top. IV. 1 p. 121 a 5 (Ed. Acad. Reg. Boruss. Berlin 1831): *καθόλου δὲ εἰπεῖν, ὑπο τὴν αὐτὴν διαίρεσιν δεῖ τὸ γένος τῷ εἴδει εἶναι · εἰ γὰρ τὸ εἶδος οὐσία, καὶ τὸ γένος. καὶ εἰ ποιόν τι τὸ εἶδος, καὶ τὸ γένος ποιόν τι* (= et ut universaliter dicam sub eandem divisionem oportet et genus et speciem cadere. Sive enim species sit substantia, etiam genus est substantia; sive species sit quale quippiam etiam genus est quale quippiam. Eod. l. III. S. 66 b), wo allerdings substantia in dem anderen Sinne auftritt. Die Topik ſelbſt kann übrigens — entgegen der herrſchenden Meinung (vgl. Landsberg, l. c. § 3) — dem Azo († früheſtens 1230) ſehr wohl vorgelegen haben, da ſie bereits dem 1142 geſtorbenen Abaelard genau bekannt war.

b) Die prozessualische Behandlung der exceptio juris.

§ 10.

Die Glosse hat aus ihrer Konstruktion der exceptio iuris Konsequenzen nicht gezogen: Die Quellen boten hierzu eben keine Anhaltspunkte, und es lag den Glossatoren durchaus fern, im Wege der Deduktion neue Rechtssätze herausbilden zu wollen. Trotzdem wurden später, und zwar schon in der Postglossatorenzeit, die exceptiones iuris in verschiedenen Beziehungen[270]) erheblich anders behandelt als die exceptiones facti. Indessen beruht dies nicht auf deduktiv gewonnenen Rechtssätzen, sondern wir haben es hier offenbar mit Eigentümlichkeiten zu thun, die sich in der Praxis hauptsächlich unter dem Einfluß des damaligen, mit germanischen Ideen durchsetzten Prozeßrechts für die exceptiones iuris herausgebildet haben.

Mit ziemlicher Sicherheit wird man dies wenigstens von der ältesten — und gerade für unsere Untersuchung in Betracht kommenden — dieser Eigentümlichkeiten behaupten können: von dem Satz, daß die exceptiones juris nur auf Antrag berücksichtigt werden.

Gerade dieser Satz bestand schon in der Glossatorenzeit.[271])

---

[270]) Albrecht, Exceptionen § 25 konstatiert deren vier: a) Die exceptiones facti „hindern den Prozeß", die exceptiones iuris nicht. b) Die exceptiones iuris müssen vorgeschützt werden, um Berücksichtigung zu finden, die exceptiones facti werden auch ohne Antrag berücksichtigt. c) Die exceptiones iuris können nur bis zur Litiskontestation, die exceptiones facti dagegen können bis zum Urteil Berücksichtigung finden. d) Die exceptiones facti, nicht die exceptiones iuris, können auch noch in der Exekutionsinstanz zur Geltung kommen.

[271]) Für die zu c. und d. von Albrecht, l. c. (s. die vorherg. Anm. 270) angeführten Eigentümlichkeiten der exceptio iuris nimmt dieser selbst eine Geltung zur Glossatorenzeit nicht an. Aber auch die von ihm zu a. genannte Eigentümlichkeit findet sich in der Glosse in dem behaupteten Sinne nicht. Vielmehr sagt gl. contestari ad l. 23 § 3 D. de cond. ind. 12,6: nota transactionis exceptionis impedire processum negotii principalis: sic et in exceptione rei iudicatae, secus in aliis peremptoriis. Hier wird die Regel also nur für zwei exceptiones facti aufgestellt. Auch sonst findet sie sich in den von Albrecht citierten Glossen (zu l. 10,16 C. de transact. 2,4; l. 13 pr. D. iud. solv. 16,7; l. 229 D. de V. S. 50,16) nicht im weiteren Umfange. Ein durchgreifender Unterschied zwischen exceptiones iuris und facti bildet sich in dieser Beziehung vielmehr erst bei den Postglossatoren und späteren Kanonisten, indessen auch nur vorübergehend (vgl. Albrecht selbst S. 123).

Mehrfach wird er von der Gloſſe vorausgeſetzt. So weiſt einmal Accurſius[272]) auf Grund deſſelben die Anſicht des Azo zurück, daß die exceptio transactionis nur berückſichtigt werde „si (reus) eam obicere vult"; denn — meint Accurſius — die exceptio transactionis ſei eine „exceptio facti, non iuris" und die exceptiones facti würden von Amtswegen berückſichtigt. — An einer anderen Stelle[273]) begründet wieder Azo die Behauptung ſeines Lehrers Johannes Baſſianus[274]) „necesse esse compensationem voce hominis opponi" damit, daß die Kompenſation durch eine exceptio iuris, nämlich durch die exceptio doli geltend gemacht werde. Dabei beſeitigt er den Einwand, daß die Kompenſation im jüngeren römiſchen Recht ipso iure wirke, alſo die „exceptio compensationis" eine exceptio facti ſei, mit der eigentümlichen Bemerkung, daß neben der exceptio compensationis die exceptio doli weiter beſtünde und „nihilominus" zu opponieren ſei. — In ähnlicher Weiſe liegt unſer Satz vielleicht auch den Ausführungen der Gloſſe „factum" zur l. 27 § 2 D. de pactis 2,14 zu Grunde;[275]) wenigſtens hat die ſpätere Doktrin ihn gerade dort

---

[273]) Gl. poena ad l. 40 C. de transact. 2,4: Ait enim Azo, quod non potest agi, nisi sponte reus velit pati; et sic loquitur hic „si maluerit" et sic triplex est commodum reo: scilicet restitutio datorum, quia recipiet, quod dedit: et poena: et exceptio, si velit eam obicere. Super hoc tertio auxilio sunt opiniones in glossa recitatae, non super aliis duobus. Et dic (das iſt der Einwand des Accursius) exceptio facti, non iuris, quia actio sublata est, si eam (nämlich actionem) obicere vult . . . quia cum iudex interrogabit, qua actione vel obligatione ei est obligatus, non poterit respondere: et sic iudex absolvet adversarium.

[274]) Gl. ipso iure ad § 30 (in bonae fidei) J. de act. 4,6: dixerint quidam, non esse necesse voce hominis opponi compensationem, ut hic. Sed certe imo est necessarium, ut apponatur, quod probo tribus rationibus 1) . . . 2) . . . 3) Item lex dicit eum male agere, cui obici potest compensatio. Sed qui male agit, habet actionem, sed eliditur exceptione. Sed secundum hanc opinionem quid adiciatur in actione stricti iuris ad id quod erat olim? Resp. quia doli mali tantum obiciebatur exceptio, per quam non extinguebantur actiones ipso iure, sed nunc etiam compensationis exceptio opponitur, per quam ipso iure hincinde actio extinguitur, et nihilominus doli, cum generalis sit.

[275]) Vgl. über deſſen Auffaſſung Dernburg, Kompenſation S. 283. — Dissensiones dominorum, Hugolinus § 240.

[276]) Schon die Wendung des Paulus in dieſer Stelle „in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur" iſt dunkel — es ſoll wohl mit

finden wollen und diese Stelle zur sedes materiae gemacht.[276]) — Direkt ausgesprochen wird der Satz schließlich von Accursius bei der Interpretation des oben[277]) erörterten Ulpian'schen Ausspruchs: agere etiam is videtur, qui exceptione utitur. Denn diese Worte werden durch die Bemerkung erläutert:[278])

> tum quia factum ponit ut actor, ex quo petit absolvi, tum quia onere probationis gravatur.

Daß mit diesen Worten Accursius nicht etwa die exceptiones im allgemeinen, sondern nur die exceptiones iuris treffen will, ergiebt sich schon daraus, daß er im Verlauf seiner Ausführung lediglich solche Quellenstellen citiert, die von der Glosse auf die exceptiones iuris bezogen wurden.[279])

Überall nun, wo der Grundsatz, daß die exceptiones iuris nur auf Antrag zu berücksichtigen seien, in der Glosse zum Ausdruck kommt, beweist der ganze Ton der Ausführungen, daß wir es hier mit einem in der Praxis, durch den Gerichtsgebrauch entstandenen Gewohnheitsrecht zu thun haben. Denn überall nimmt die Glosse den Satz als etwas Gegebenes hin, nirgends findet sich ein Anhaltspunkt für die Annahme, daß der Satz etwa auf einer irrtümlichen

---

diesen Worten der Gegensatz zwischen civilem und honorarischem Recht bezeichnet werden. Die Glosse erklärt — an die Worte des Paulus anknüpfend — in ziemlich unklarer Form, daß derjenige, welcher ein pactum behauptet, nicht — wie bei der Stipulation — die Sollenität (inter praesentes, in continenti) zu beweisen brauche. Es wird dabei gesagt: hoc solum sufficit allegare, quod mihi sit factum pactum, etiam si confiteor, pactum postea intercessisse de petendo: nam nihilominus primi pacti durat exceptio . . etiam si confiteor mihi factum inter absentes, vel dolo vel metu et sic intellige. Versteht man unter „confiteri" das prozessualische Geständnis, was nahe liegt, so enthielte auch diese Stelle unseren Satz.

[276]) Vgl. Bartolus ad h. §, Baldus ad h. §. — Spätere behandeln den Satz meist an anderen, verschiedenen Stellen, berufen sich aber gewöhnlich auf diese Glosse.

[277]) Vgl. bei Anm. 163 (l. 1 D. 44,1).

[278]) Gl. videtur ad h. l.

[279]) Nämlich: l. 19 (in exceptionibus) D. de probat. 22,3; l. 8 (verbum oportebit) de V. S. 50,7; l. 3 (si ex cautione) C. de non num. pec. 4,30; l. 2 C. de pactis 2,3.

Quelleninterpretation beruhe,[280]) nirgends wird er überhaupt auf eine Quellenstelle zurückgeführt. Hiervon macht auch die zuletzt erwähnte Bemerkung des Accursius nur eine scheinbare Ausnahme.[281]) Denn wenn Accursius auch den Satz in den Worten Ulpians zu finden glaubt, so liegt in der falschen Auslegung dieser Textesworte gewiß nicht der Ursprung unseres Satzes. Denn vor Accursius wurde die Stelle allgemein ausschließlich auf den Beweis bezogen; insbesondere geschah dies auch von Pillius, Tankred, Plazentin und Azo,[282]) zu deren Zeit das Vorschützen der exceptio iuris sicher schon erforderlich war. Accursius interpretiert hier also lediglich einen für ihn feststehenden Rechtssatz in die römische Stelle hinein.[283])

Wir müssen also annehmen, daß sich der Satz in der Praxis der Gerichte entwickelt hat. Damit aber drängt sich uns auch

---

[280]) Dies nimmt Albrecht, Exceptionen S. 124, an, indem er den Satz auf die falsche Auslegung des „officio iudicis" der Quellen zurückführt. Darin liegt aber sicher nicht der Entstehungsgrund des Satzes. Denn die Glossatoren verstanden unter officium iudicis noch keineswegs diejenigen Handlungen des Richters, welche er, ohne den Antrag einer Partei abzuwarten, vornimmt (vgl. Landsberg, Glosse S. 306); auch bei Durantis ist dieser Sprachgebrauch noch keineswegs durchgeführt. Vielmehr wird z. B. im Spec. I. 1 de officio iudicum § 4 noch unterschieden: Impedit quoque officium iudicis actionem . . sive ad instantiam partis sive proprio motu iudicis. Ähnlich § 5 eod.: . . per se detrahit . . ad petitionem partis detrahit.

[281]) Übrigens beziehen sich die oben Anm. 279 erwähnten, in der Stelle citierten Quellenbeläge sämtlich nur auf die Beweisfrage.

[282]) Pillius, de ord. iud. P. II. § 3; Tancred, ord. iud. l. II. de exceptionibus P. II. Tit. 5 § 4, P. III. Tit. 5 § 2; Placentin, Summa in Codic. 8,39: regulariter, qui excipit probare debet, sicque agit. Nam reus in exceptione actor est i. e. officio actoris fungitur; Azo, Summa in Inst. de except. 4,13: qui excipit agere quantum ad onus probationis videtur ut D. eod. l. 1.

[283]) Daß die römischen Quellen übrigens nicht den geringsten Anhalt für den Satz enthielten, beweist auch das Verhalten der späteren Byzantiner. Nirgends wird von diesen der Grundsatz, daß die Exceptionen vorgeschützt werden müssen, aufgestellt. Insbesondere findet er sich in den Scholien zu den Basiliken auch nicht an denjenigen Stellen, bei welchen ihn die Glossatoren und späteren Italiener zu behandeln pflegen. Über l. 1 D. 44,1 vgl. Anm. 173. Vgl. ferner c. 27 Basil IX. 1 (entspricht l. 27 § 2 D. de pactis 11,1). Übrigens ist der Titel Bas. 51,1 de exceptionibus überhaupt nicht mit Scholien versehen, was darauf schließen läßt, daß man den Exceptionsbegriff als antiquiert betrachtete.

sofort die Vermutung auf, daß in ihm ein deutschrechtlicher Gedanke zum Ausdruck kommt. Denn seit der langobardischen Eroberung drangen die germanischen Anschauungen infolge des Nebeneinanderbestehens[284]) von langobardischem und römischem Prozeßrecht massenhaft in das letztere ein,[285]) gerade durch deutschrechtliche Einflüsse erhielt der ältere romanische Prozeß Italiens sein eigenartiges Gepräge.

Für den deutschen Ursprung unseres Satzes spricht aber noch das im Folgenden näher zu beleuchtende besondere Moment, daß eine analoge Erscheinung im germanischen Prozeßrecht nachweisbar oder doch mindestens hochwahrscheinlich ist.

c) Die exceptio juris und das germanische Recht. Kanonisten und Postglossatoren.

§ 11.

In seiner ursprünglichen Anlage kennt allerdings der germanische Prozeß selbständige Einwendungen des Beklagten überhaupt nicht.[286]) Die Klage enthält hier nicht, wie im römischen Recht, eine Rechtsbehauptung, sondern im Civilprozeß ebenso wie im Strafprozeß (zwischen beiden besteht keine scharfe Scheidung) einen gegen den Beklagten gerichteten Vorwurf des schuldhaft rechtswidrigen Verhaltens.[287]) Auf diesen Vorwurf muß der Beklagte sich in streng formaler Weise erklären. Der Kläger (und in späterer Zeit auf dessen

---

[284]) Es kam vielfach vor, daß in demselben Prozeß für die eine Partei langobardisches, für die andere Partei römisches Recht angewendet wurde; so in dem Prozeß des Klosters Farfa von 998. Vgl. Bethmann-Hollweg V. Beilage II.

[285]) Vgl. Bethmann-Hollweg V. § 98, 99, § 113.

[286]) Vgl. Siegel, Gesch. d. deutsch. Ger.Verf. § 20; Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis (III.) S. 383; Brunner, Wort und Form im altfranz. Prozeß (IV. 2) S. 710; Brunner, Deutsche R.Gesch. II. § 99; Schröder, Deutsche R.Gesch. § 37 S. 353 (unter Modifizierung des I. § 13 Gesagten); Sohm, Fränk. Reichs- und Ger.Verf. S. 138 ff. — Wenn im Folgenden bei Beurteilung des langobardischen Rechts das spätere sächsische Recht besonders berücksichtigt wird, so rechtfertigt sich dies aus der vielfach hervortretenden inneren Verwandtschaft dieser beiden Rechte. Vgl. darüber Brunner, D. R.Gesch. I. S. 371.

[287]) Vgl. auch Fischer, R. u. Rschtz. S. 69.

Veranlassung der Richter) fragt ihn in feierlichen Worten um Antwort auf die Klage, und diese Antwort muß in engem Anschluß an die Klagebehauptungen gegeben werden. So wird der fränkische Prozeß durch das tangano des Klägers eingeleitet, auf das der Beklagte die rechtsförmliche alsaccia zu erteilen hat.[288]) So findet sich im altfranzösischen Prozeß das Urteil auf Antwort[289]) „ad quod tenens (der Beklagte) tenetur respondere et respondere negative verbo ad verbum.“[290]) So „gebûtet“ im sächsischen Prozeß[291]) der Richter „to rechter antworde“ auf die Beschuldigung des Klägers. So muß endlich auch im langobardischen Prozeß der Beklagte auf den Klagevorwurf („iniuste“, „malo ordine tenes“)[292]) und die hieran anknüpfende Frage des Richters („quid tu dicis“)[293]) bestimmte Auskunft erteilen. Da überall die an den Beklagten gerichtete Frage nicht auf Thatsachen,[294]) sondern auf Verschuldung abgestellt ist, so konnte der Beklagte immer nur diese

---

[288]) Vgl. Sohm, Fränk. R. u. R.Gesch. S. 124. — Brunner, R.G. II. § 99. Lex Rip. 58,19 (arg. e contr.)

[289]) Vgl. Brunner, Wort und Form l. c.

[290]) Statuta et Consuetudines Normanniae (Ed. Warnkönig, Franz. St. u. R.G. II. S. 43) tit. de tenemento antecessoris. Zahlreiche andere Belege bei Brunner, Wort und Form S. 704 ff.

[291]) Sachsenspiegel III. 39 § 3: Svene man vor gerichte scüldeget, unde ime die richtere to rechter antworde gebüt etc. Sachssp. II. 10 § 5 . . unde sal gebieden, dat he bekenne unde betere to rechter tiet, oder dat he besake. Vgl. weitere Belege bei Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 18.

[292]) Z. B. Lib. Pap. Roth. 221, form.: Maria Petrus te appellat, quod tu es sua ancilla et malo ordine subtrahis te de suo servitio. Roth. 222 form.: Petre te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine terram in tali loco. Und vielfach sonst.

[293]) Z. B. Roth. 202. Domne comes hoc dicit Martinus, quod postquam ille sociavit Albergam sibi in coniugio, consiliata est de sua morte. — Quid dicis tu Alberga? Diese Frage ist sonst in den Formularen des Lib. Pap. als selbstverständlich meist fortgelassen. — Vgl. Bethmann-Hollweg, C.Pr. V. § 105 S. 337.

[294]) Allerdings finden sich im liber Papiensis auch einige wenige Klagformeln, die eine Beschuldigung nicht enthalten, sondern eine Rechtsbehauptung zum Ausdruck bringen (z. B. Roth. 153 form.: Petre te appellat Martinus, quod terra quam tenes et possides in tali loco sua propria est); indessen wird man hierin — mit Kannengiesser, Prozeßhindernde Einrede n. 24, n. 47 — spätere Romanismen zu erblicken haben.

Beschuldigung zugeben oder zurückweisen, er konnte nur „bekennen oder versaken“,[295]) seine Antwort konnte nur ein „Ja“ oder ein „Nein“[296]) sein. Wählt er das letztere, so kommt es zu dem formalen germanischen Beweisverfahren: zum Kampf oder zum Unschuldseid des Beklagten; wählt er das erstere, so wird er verurteilt: eine dritte Möglichkeit gab es ursprünglich nicht.

Allmählich bildeten sich aber doch zwei Arten von Einwendungen des Beklagten heraus. Zunächst gestattete man nämlich dem Beklagten, in gewissen Fällen die Antwort zu verweigern.[297]) Darin lag für ihn ein wichtiges Recht; denn er entging so der Gefahr, welche mit der rechtsförmlichen Antwort[298]) und dem daran sich anschließenden — im Ausgange oft unberechenbaren — formalen Beweisverfahren untrennbar verbunden war. Anfangs mag man die Antwortsverweigerung auf Grund der betreffenden Thatsachen nur dann gestattet haben, wenn diese gerichtsbekannt waren.[299]) Als

---

[295]) Vgl. Sachsſp. II. 10 § 5. Vgl. Anm. 291. Vgl. auch Planck, Ger.Vf. I. § 32 S. 230.

[296]) Dieses „Nein“ kehrt in den Gerichtsformeln des Liber Pap. als „de torto (me appellat)“ und auch als „non placeat Deo“ (z. B. Roth. 20, 21, 22) unzählige Male wieder. — Für den altfranz. Prozeß vgl. Boutteiller, Somme rural I. 23: nier la demande par un ny pour toutes deffenses. (Ed. Paris 1603 pg. 123).

[297]) Lex Ripuaria 58,19: hoc etiam constituemus, ut nullum hominem regium, Romanum vel tabellarium interpellatum in iudicio non tanganet neque alsaccia requirat. Vgl. Lex Rip. 59,8, Lex Rip. 30,1. Vgl. Rogge, Gerichtswesen der Germanen VII. § 40; Siegel, Ger.Vf. § 20; Brunner, R.Gesch. II. § 99; Schröder, R.G. § 37 S. 353 ff.; Planck, Deutsches Gerichtsverfahren im Mittelalter I. § 33 ff.

[298]) Das geringste „Missesprechen“ konnte den Verlust des Prozesses zur Folge haben. Vgl. Siegel, Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang S. 130 und passim.

[299]) So in den erwähnten Fällen der Lex Ripuaria 58,19 und 30,1; so auch Stat. Hludow. II. 855 c. 1, Monum. Leg. I. p. 436: ideo ei respondere nolle, quia servus alterius sit. Ferner gehört hierher der Fall, daß der Beklagte die Antwort wegen nicht genügend präcisierter Klage verweigert (nescio de quali tu dicis form. ad Otto I. c. 3). Vgl. darüber Hübner, Immobiliarprozeß der fränkischen Zeit S. 100 ff.; vgl. auch aus viel späterem sächsischen Prozeß den gleichen Einwand des Beklagten: . . und getruwe dem rechten wol, ich solle der antwort loss geteylt werden, nemelichen dor umb dass syne schuld (= Beschuldigung) ist unclar, vinster, gemeyne und ungewiss der mete, dass her nicht en setczet, wu daz huss gelegen ist. Bocksdorff, Ger.Form. IX. 1 (Ed. Böhlau, Zschr. f. R.G. I. S. 446.)

später das Antwortsverweigerungsrecht besonders bei den Sachsen[300]) und Langobarden[301]) immer häufiger gewährt wurde, und andererseits neben dem alten formalen ein mehr sachliches Beweisrecht und Beweisverfahren sich Bahn brach, wendete man das letztere stets auf die von dem Beklagten zur Begründung seines Antwortsverweigerungsrechts behaupteten Thatsachen an.[302]) So bedeutet das Antwortsverweigerungsrecht stets einen Beweisvorteil.[303])

Außer im Falle der Antwortsverweigerung konnten nun aber noch in einem zweiten Falle selbständige Behauptungen des Beklagten vorkommen: er konnte seine negative Antwort motivieren.[304])

[300]) Für das sächsische Recht zahlreiche Belege bei Laband, vermögensrechtl. Klagen S. 24. Vgl. z. B. Sachsenspiegel III. 31 § 3: Swer den andern vêht und ime nicht in nimt, . . . sinen erben en hat er darumbe nicht zu antwurtene, ab her stirbt nâch der jârzale. Sachssp. III. 30 § 1. Di wîle sik die man weret antwerdes mit ordelen unde mit rechte, die wîl ne hevet he nicht geantwerdet. Sachssp. Lehnrecht art. 67 § 5: die man . . . sik des weret, dat he ime mit rechte iht antwerden solle. — Vgl. Planck, Ger.Vf. I. § 32 S. 230.

[301]) Vgl. z. B. form. ad Otto I. 3 (2) . . . non tibi respondeo, quia ecce carta (darüber Anm. 310); form. ad Rothar, 227 . . nec debet nec vult tibi respondere, quia te praesente possedit per quinque annos (sc. terram). Weitere Belege bei Brunner, R.G. § 99; Kannengiesser, l. c. § 2 S. 40 ff. Vgl. auch die folgende Anmerkung.

[302]) Vgl. Liutpr., 141 (142) form. . . „Non tibi respondeo, quia tu scivisti, quod ipse erat in casa mea et tu habuisti negligentiam requirendi" et ita probet. — Karl Magn. 26 form. 2: Petre te appel. Mart., quod Dominicus tuus servus fecit sibi unam plagam in capsam. — Non tibi respondeo, quia Paulus vendidit mihi ipsum malum. — Aut probet aut respondeat. — Karl Magn. 45 form. 1: Petre te app. Mart., quod tu fecisti sibi unam plagam in capite. — Non tibi respondeo, quia tu fuisti iudicatus post ad mortem. — Aut probet aut respondeat. Ebenso Lothar 78 (75) form. 1, wo der die Antwort verweigernde Beklagte den Zeugenbeweis antritt. Vgl. Brunner, R.G. § 99. Einen in sehr früher Zeit vereinzelt dastehenden Fall dieser Art bietet die lex Rip. 59,8: Si quis in iudicio interpellatus cartam per manibus habuerit, nulle ei male ordine vel invasio requiratur, quia dum interpellatus respondit ad interrogatione „Sta tu" et sine tangano loquatur: et dicat: „Non malo ordine, sed per testamentum hoc teneo" (vgl. Hübner, Immobiliarprozeß S. 105).

[303]) Daß man diesen Vorteil wenigstens im langobardischen Recht allmählich nicht mehr in der Vermeidung des Unschuldseides, sondern in der Sicherung der Beweisrolle erblickte, vgl. bei Anm. 307.

[304]) Für den sächsischen Prozeß vgl. Planck, Deutsch. G.Vf. I. § 32. Der Richtsteig Landrechts (Kap. 9) nennt die motivierte Antwort wedderrede

Die ursprünglich unzulässige Hinzufügung einer solchen Motivierung mag man dem Beklagten zuerst wohl nur deshalb gestattet haben, weil ihm im einzelnen Falle, etwa im Interesse seines guten Rufs, daran gelegen sein konnte, aus einem bestimmten Grunde absolviert zu werden. Eine rechtliche Bedeutung gewann die motivierte Verneinung dann aber dadurch, daß man auch hier in gewissen Fällen dem Beklagten, der aus bestimmten Gründen den Klagevorwurf negierte, Beweisvorteile bot. Ein solcher lag zunächst darin, daß der Beklagte durch Anführung eines bestimmten Rechtsgrundes für seine Unschuld auch hier zu einem sachlichen Beweise, insbesondere also zum Zeugen- oder Urkundsbeweise unter Vermeidung des formalen Unschuldseides gelangen konnte.[305]) Eine Vermeidung des Unschuldseides betrachtete man indessen bald nicht mehr — oder doch nur in den seltensten Fällen — als Vorteil. Die italienischen Quellen gewähren vielmehr den deutlichen Eindruck,

---

im Gegensatz zu „versaken slicht". Beispiele bietet Richtsteig L.R. Kap. 9 (Einwendungen des Bürgen), Kap. 25 § 3 (Einwand gegen den Retraktkläger, daß der Auflassung des veräußerten Grundstücks nicht widersprochen), Kap. 44 § 2, 3 (Mangel an Vorsatz gegenüber der Klage wegen Tötung), Kap. 47 (Einwand der Leihe und des unverhohlenen Haltens gegenüber der Diebsklage). Vgl. Homeyer, Richtsteig S. 452. Vgl. auch die Bocksdorf'sche Formel XII. 2 (Z. f. R.G. Bd. 1 S. 455): Einwand des näheren Erbrechts gegenüber der Erbschaftsklage.

Für den langobardischen Prozeß vgl. z. B. Roth. 202. Domne comes, hoc dicit Martinus, quod postquam ille sociavit Albergam sibi in coniugio consiliata est de sua morte. — Quid dicis tu Alberga? — Non sum sua mulier. — Hier und in zahlreichen ähnlichen Fällen ist vor der Antwort der Beklagten ein „De torto, nam" hinzuzudenken. Auch Bethmann-Hollweg erblickt in den selbständigen Behauptungen des Beklagten (soweit sie nicht die Antwortsverweigerung motivieren) eine Motivierung des Widerspruchs „de torto me appellas". (Bethmann-Hollweg, C.Pr. V. S. 340 bei Anm. 29).

[305]) Vgl. z. B. Roth. 347 form.: Petre te appellat Martinus, quod eras tu iterans et suus caballus te fuit secutus et tu misisti eum in ligamine. — Si dixerit (sc. reus): ipse caballus tornavit se de via, probet. — Astulph 5 form. 1: Maria . . te appellat Petrus, quod tu tenes sibi malo ordine terram . . — Ipsa terra mea est per usumfructum, et ecce cartula, quam mihi maritus meus fecit. — Si cartula manifestat sicut ista lex dicit, aut dicat falsam aut taceat. Vgl. auch die von Hübner, Immobiliarprozeß S. 183 ff. besprochenen Fälle, in welchen der Beklagte gegenüber der unsubstanziierten Eigentumsklage sich auf seinen Rechtserwerb (Erbschaft, Kauf ꝛc.) beruft und dann (wie Mem. di Lucca IV. 2 p. 70 n. 53 und Regesto Sublacense p. 201 n. 154, Hübner S. 186) zum Zeugenbeweis kommt.

daß dort allmählich infolge einer laxeren Auffassung vom Eide und infolge des Abkommens der gerichtlichen Kämpfe[306]) die Parteien den Unschuldseid als das bequemste Beweismittel allen anderen vorzogen.[307]) Wenn trotzdem die Motivierung der Klagenegation ihre praktische Bedeutung behielt, so erklärt sich dies daraus, daß jetzt ein anderer Gedanke in den Vordergrund tritt: Die Motivierung seiner Antwort sichert dem Beklagten die Beweisrolle. Der Kläger, welcher eine substanziierte Klage erhebt, kann nämlich bei schlichter Klagenegation des Beklagten diesem den Unschuldseid dadurch verlegen, daß er für seine thatsächlichen Klagebehauptungen einen sachlichen (Zeugen- oder Urkunden- ꝛc.) Beweis antritt.[308]) Dieses Recht des Klägers fällt aber fort, wenn der Beklagte seine Antwort motiviert und den angeführten Rechtsgrund — sachlich — beweist.[309]) Auch bei dieser Gestaltung gewährt also die Motivierung der Klagenegation dem Beklagten einen Beweisvorteil im Sinne des germanischen Prozesses.

Sicherlich ist die motivierte Klagenegation in ihrer rechtlichen Bedeutung jüngeren Ursprungs als das Antwortsverweigerungsrecht. Denn sie steht in stärkerem Gegensatze zu dem ursprünglichen Charakter des germanischen Prozesses und kommt auch nirgends so früh vor wie die Antwortsverweigerung, der wir schon in der lex Ripuaria[310]) begegnen.

---

[306]) Gegen die häufigen Meineide und das allmähliche Schwinden der Gerichtskämpfe wendete sich Otto I. a. 967. Vgl. Bethmann-Hollweg V. S. 278.

[307]) Dadurch erklärt sich auch, daß man später die zur Motivierung der Klagenegation angeführten thatsächlichen Behauptungen subsidiär durch Eid beweisen läßt; vgl. Liutpr. 20 form.: Petre te appellat Martinus, quod tu ambulasti super Donatum patrem suum et occidisti illum. — De torto. — Si dixerit, quod occidisset se defendendo, probet aut cum suis sacramentalibus juret, quod se defendendo occidit. Übrigens ist Eid über Thatsachen von dem Unschuldseide zu scheiden.

[308]) Vgl. Brunner, R.Gesch. II. S. 373.

[309]) Vgl. die reichen Ausführungen bei Hübner, Immobiliarprozeß der fränk. Zeit, bes. S. 171 ff., 182 ff.

[310]) Lex Rip. 59,8; s. Anm. 302. Übrigens wird der dort erhobene Einwand des Beklagten (Rechtserwerb, der durch carta erwiesen wird), in späterer Zeit, worauf Hübner, l. c. S. 133 ff. hinweist, in Form der motivierten Klagenegation zur Geltung gebracht, eine Entwicklung, die im langobardischen Recht eine Parallele findet (vgl. form. Otto I. 3 (2), Anm. 301). Man mag

Es liegt nun im Wesen der Sache, daß Einwendungen beider Art vom Beklagten ausdrücklich geltend gemacht werden mußten, wenn sie auf den Gang des Prozesses Einfluß gewinnen sollten. Bezüglich der Antwortsverweigerung folgt dies schon daraus, daß ein Beklagter, welcher die Antwort ohne Angabe von Gründen verweigerte, buß- und sachfällig wurde.[311]) Die Antwortsverweigerung charakterisiert sich somit als motivierter Widerspruch gegen das tangano des Klägers bezw. (im jüngeren, insbesondere im langobardischen Prozeß) als motivierter Widerspruch gegen den richterlichen Antwortsbefehl.[312]) Andererseits konnte der Beklagte den Beweisvorteil, der ihm unter Umständen dadurch erwuchs, daß er die Schuldfrage aus einem bestimmten Grunde verneinte, nur dadurch erlangen, daß er selbst diesen Grund angab und für sich geltend machte: es verband sich eben damit im älteren Prozeß die Bitte um ein günstiges Beweisurteil.[313]) Aber auch da, wo an Stelle des Beweisurteils die einfache richterliche Beweisfrage getreten ist — wie im jüngeren langobardischen

---

eben das neuere Institut dadurch geschaffen haben, daß man Einwendungen dieser Art allmählich auch dann bei der Beweisfrage berücksichtigte, wenn sie als motivierte Klagenegation auftraten. Daraus erklärt sich auch, daß wenigstens im langobardischen Prozeß niemals eine ganz strenge Scheidung zwischen beiden Arten von Einwendungen gewahrt worden ist.

[311]) Vgl. Sachsenspiegel III. 39 § 3: Svene man vor gerichte scüldeget, unde ime die richtere to rechter antworde gebüt, ne wel he nicht antwerden noch mit rechte untreden sik, dat he icht antwerden sole, so delt man ine weddehaft; also dut man to dem anderen unde tome dridden male, unde ne antwerdet he den noch nicht, so is he gewunnen in der scult. — Purgoldts Rechtsbuch XI. c. 1: Wyrth ein man zcu Isenach beclagt vor gerichte, do sall her ja ader neyn umbe sagen ader sal beweysenn, warumbe er das nicht thun sall. — Im langobardischen Recht verfällt der Beklagte sogar in Buße, wenn ihm der Beweis der sein Antwortsverweigerungsrecht begründenden Thatsachen mißlingt (vgl. Otto I. 2 form. 13: non tibi respondeo, quia fuisti iudicatus ad mortem ... Aut probet aut emendet bannum et respondeat. De ceteris quidem exceptionibus similiter.

[312]) Vgl. Schröder, R.G. S. 353 bei Anm. 63.

[313]) So weist Richt. L.R. 47 § 3 den Beklagten, welcher gegenüber der Diebsklage den Einwand der Leihe und des unverhohlenen Haltens geltend macht, an: So vrage dar wedder, na deme dat dus bedderve lude tu tuge hefst, den it witlik si, dat het di lech (lieh), unde he wol wiste dat dut haddest unde unvorholen hildest, oft tu des icht neger tu betugende sist. Dat vintme. — Über die Urteilsbitte Planck, Ger.Verf. § 35 S. 249.

Prozeß[314]) — wird diese Beweisfrage sich gewiß nur dann auf den erleichterten Beweis gerichtet haben, bezw. nur dann überhaupt an den Beklagten gerichtet worden sein, wenn der Beklagte durch ausdrückliche entsprechende Motivierung seiner verneinenden Antwort diesen Vorteil für sich in Anspruch nahm. Das ergiebt sich — und hier liegt für uns überhaupt der maßgebende Gesichtspunkt — schon aus dem ganzen Charakter des germanischen Prozesses.[315]) Dieser letztere stellt sich — seinem Grundgedanken nach — dar als Kampf der Parteien im Ringe der Volksgenossen, als rechtlich geregelter Fehdegang. Das Genossengericht wacht dabei nur über die Innehaltung der Kampfesregeln, im übrigen bleiben die Parteien sich selbst überlassen: jede mag das, was ihrem Vorteil dient, gegenüber dem Gegner — in streng formaler Weise — zur Geltung bringen, keine wird vom Gericht dabei unterstützt. Bezeichnend ist in dieser Beziehung eine von Brunner betonte Einrichtung des altfranzösischen Prozesses, das prendre à la parole, prendre à point. Was die Partei zu ihrem eigenen Nachteil äußerte, schadete ihr nur dann, wenn der Gegner dies ausdrücklich beantragte, wenn er die Partei „beim Worte nahm".

> „Je ne vueil — sagte er — desormais, qu'il y puist riens ci adjouster et en suis prest d'oir droit sus les paroles ci-distes et avouées aujourd'hui."[316])

Das Prinzip vollkommner „Selbmündigkeit der Parteien"[317]) vor Gericht hat sich — obzwar in manchen Punkten durchbrochen — im Großen und Ganzen in allen germanischen Ländern bis tief in das Mittelalter hinein erhalten[318]) und auch im langobardischen Prozeß

---

[314]) Vgl. Bethmann-Hollweg V. S. 340 Anm. 30. Noch in einer Urkunde vom Jahre 945 wird das Beweisurteil erwähnt. (Muratori, Antiquitates Italiae I. p. 465.)

[315]) Vgl. Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis S. 346; Brunner, R.Gesch. I. § 23, II. § 99; Schröder, R.G. S. 353 f.; Schwalbach, Stilus § 5 S. 18.

[316]) Anciennes Constitutions du Châtelet Art. 35 (nach Brunner, Wort und Form IV). — Die Heranziehung des altfranzösischen Prozesses rechtfertigt sich auf Grund der Bemerkungen Brunners, Wort und Form S. 655.

[317]) Vgl. Sohm, Fränk. R. u. Ger.Verf. S. 143; Heusler, Institutionen I. § 12 a. E.

[318]) Für den sächsischen Prozeß Homeyer, Richtsteig S. 417.

finden wir es wieder. Auch dieser ist ein streng formaler Prozeß „mit Gefahr“ — das beweist schon der ständige Gebrauch von Sachwaltern;[319]) auch hier bewegen sich die Verhandlungen in streng abgemessenen Wechselreden der Parteien.[320])

Nach alledem wird man mit der Annahme nicht fehlgehen, daß auch im jüngeren langobardischen Prozeß alle selbständigen Einwendungen des Beklagten, mögen sie in der Form der Antwortsverweigerung oder in der Form der motivierten Verneinung auftreten, ausdrücklich geltend gemacht werden müssen, um Berücksichtigung zu finden.

Die Übernahme dieses Prinzips in die romanische Prozeßpraxis und seine Anwendung auf die römischen Exceptionen mag durch den Umstand noch besonders unterstützt worden sein, daß man im langobardischen Prozeß bereits im Anfange des 11. Jahrhunderts die beiden geschilderten Arten selbständiger Behauptungen des Beklagten in Anlehnung an die römische Ausdrucksweise als „exceptiones“ bezeichnete.[321]) Andererseits hatte im romanischen Prozeß die Klage unter dem Einfluß langobardischer Gedanken ihren römischen Charakter stark abgestreift: auch hier enthält sie meist nicht eine Rechtsbehauptung, sondern eine Beschuldigung gegen den Beklagten.[322]) So konnte es kommen, daß man auch die römische exceptio unter dem germanischen Gesichtspunkte betrachtete. Daß dies in der That geschehen ist, beweist eine Responsionsformel aus den fingierten Konstitutionen Justinians

---

[319]) Vgl. Bethmann-Hollweg, C.Pr. V. S. 333.

[320]) Dies beweisen die zahlreichen Prozeßformeln des Liber Papiensis und die vielfach erörterten Streitfragen der Langobardischen Juristen über die Abfassung der Formulare im Einzelnen.

[321]) So in der Formel zu Roth. 147: secundum quosdam ita sit haec appellatio, sed secundum valentes est exceptio et replicatio. Vgl. Formel 13 zu Otto I. 3 und Glosse dazu. (Über das Alter der Formeln Bethmann-Hollweg V. S. 292). In etwas späterer Zeit dann vielfach: Glosse „probatum fuerit“ zu Liutprand 20: hic videri debet, quod exceptio probatur Expos. § 10 daselbst. — Glosse „si huius facti“ zu Lothar 58 (57,58) und Expos. § 6 daselbst. — Aber auch schon in einer fränkischen Citationsformel (Monum. Germ. Leg. V. sect. form. Formulae extrav. p. 537) heißt es: . . in iudicio praesentiam tui facias intentionemque actoris suscipias eique oppositiones legum atque exceptiones obicias.

[322]) Vgl. Bethmann-Hollweg V. S. 404 Anm. 13 und die dort citierten Urkunden aus der Zeit von 825 bis 1025.

(11. Jahrhundert), wo das Vorschützen der exceptio als motivierte Antwortsverweigerung („non respondere, quia —") aufgefaßt wird,[323]) und doch enthält gerade diese Konstitution weit mehr römisches Prozeßrecht, als in der Praxis des damaligen romanischen Prozesses thatsächlich zur Anwendung kam.[324])

Nach alledem spricht gewiß die Wahrscheinlichkeit in hohem Maße für den germanischen Ursprung des Satzes, daß die exceptiones iuris nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Beklagte sie „voce hominis" opponiert.[325]) Dahingestellt mag dabei bleiben, ob dieser Satz nicht ursprünglich für die exceptiones im weiteren Sinne sich herausgebildet hat und erst später, als man die exceptiones iuris als die „eigentlichen" Exceptionen (exceptiones stricte sumptae) erkannte, auf diese beschränkt worden ist. —

Durch die besondere prozessualische Behandlung der exceptiones iuris erhielt die Distinktion zwischen ihnen und den exceptiones facti praktische Bedeutung und der scholastische Begriff der exceptio iuris bekam zugleich einen Anschein von Berechtigung. Denn in der That mußte jetzt — wenigstens auf den ersten Blick — das durch exceptio iuris entkräftete Recht als ein in sich widerspruchsvolles Rechtsgebilde erscheinen: einerseits kann es, wie jedes andere Recht, zwangsweise durchgeführt werden — nämlich dann, wenn der Verpflichtete die exceptio nicht gebraucht; andererseits kann der Verpflichtete die Erfüllung jederzeit verweigern, ohne die staatliche Zwangsgewalt fürchten zu müssen: durch einen einfachen Willensakt kann er sie ausschließen; dadurch wird das exceptions-

---

[323]) Const. II. a. E.: Libellus responsionis: die sabbati tertio Kalendarum questus est P. adversus me, dicens; (tunc debet scribi totus libellus accusationis); quam querelam dico non esse veram. Et ita in omnibus. Vel: non debeo sibi respondere, quia tacuit tantum, quantum lex praecipit. Debet opponere aliquam exceptionem.

[324]) Bethmann-Hollweg, C.Pr. V. § 113, 114.

[325]) So liegt auch in anderer Beziehung die germanische Idee der Antwortsverweigerung dem Begriff der sog. „prozeßhindernden Einrede" des romanisch-kanonischen Prozesses zu Grunde. Vgl. Kannengiesser, Prozeßh. Einrede (Leipzig 1878).

mäßige Recht wirtschaftlich nahezu wertlos. Diese Rechtsbildung, auf deren juristische Konstruktion unten zurückzukommen ist, schien mit dem an sich unlogischen Schlagwort des „existierenden aber unwirksamen Rechts" sehr treffend charakterisiert.

Die Glossatoren allerdings sind sich dieses Zusammenhanges wohl kaum bewußt geworden, und gewiß hat der Satz von der Notwendigkeit des Vorschützens der exceptiones iuris keinen Einfluß auf die Entstehung der erörterten Definition der exceptio iuris gehabt. Gegen diese — an sich sehr nahe liegende — Annahme spricht entscheidend die durchaus nebensächliche Behandlung, welche die Glossatoren jenem Satze angedeihen lassen. Weit eher mag umgekehrt die scheinbare Rechtfertigung, welche die Distinktion zwischen exceptiones iuris und facti durch die scholastische Definition der exceptio iuris fand, einen Grund mehr dafür gebildet haben, das Erfordernis des Vorschützens auf die exceptiones iuris zu beschränken. Wie dem auch sein mag, jedenfalls hat in der Folgezeit dieses Erfordernis bewirkt, daß das Wort vom „existierenden aber unwirksamen" Recht sich Jahrhunderte lang erhalten konnte.[326])

---

[326]) Daß in der romanischen Exceptionstheorie der Einfluß des germanischen Prozeßrechts sich geltend macht, vermutet neuerdings gelegentlich auch v. Koschembahr-Lyskowski (Theorie der Exceptionen S. 104 n. 102). Indessen ist gegen ihn zu bemerken, daß der Begriff der exceptio im engeren Sinne, sowie die Scheidung zwischen dieser und der exceptio facti, nicht auf germanischen Anschauungen beruht. Das germanische Recht, welches prozessualisch alle Einwendungen gleichmäßig behandelt, bot für eine solche Unterscheidung keinen Anhaltspunkt. Zudem kennt der germanische Prozeß die Antwort „Ja, aber" in dem Koschembahr'schen Sinne (prinzipielles Zugestehen der Klagforderung) nicht. Denn die Antwort auf den Klagvorwurf enthält stets ein Urteil und kann daher nur „Ja" oder „Nein" lauten, da man eben nur im Unrecht sein oder nicht im Unrecht sein kann. Daher ist auch die öfter vorkommende Antwortsform: possedi, sed non malo ordine (oder ähnlich) dahin zu ergänzen: de torto me appellas, nam possedi, sed non malo ordine (vgl. Anm. 304). Der Begriff der exceptio iuris ist also nicht germanisch, sondern er verdankt seine Entstehung scholastischer Quellenexegese. Er hat aber praktisches Leben dadurch gewonnen, daß man auf die exceptiones iuris, also auf eine besondere Art der römischen Einwendungen, einen Grundsatz anwendete, der im germanischen Recht für alle Einwendungen galt. Daß allerdings in einzelnen Anwendungsfällen, und insbesondere bei der Verjährung, der scholastische Begriff einer verwandten Anschauungsweise im germanischen Recht begegnet, soll nicht geleugnet werden. Darüber unten § 13.

Denn seit den Glossatoren hat die Regel, daß exceptiones iuris nur auf besonderes Verlangen des Beklagten im Prozeß zu beachten sind, dauernde und zwar ausdrückliche Anerkennung gefunden. Das stark germanisierte ältere kanonische Prozeßrecht nahm sie bereitwillig auf, und Gregor IX. erkannte sie in einer Dekretale an.[327]) Dabei verlangte man im kanonischen Verfahren, daß der Beklagte seine exceptiones iuris schriftlich[328]) und in strengen Formen „proponiert,"[329]) und Durantis teilt im Speculum[330]) die hierfür verwendeten Formulare mit.

Aber auch die Postglossatoren hielten, gestützt auf die Doktrin der Glosse, allgemein an dem Satze fest.[331]) Bartolus entwickelt

---

[327]) c. 12 X. de except. 2,25 (a. 1227/1234) . . . Excommunicatus autem publice et si huiusmodi exceptio non opponitur, nihilominus est officio iudicis repellendus. Hier wird der Satz für die übrigen Exceptionen offenbar vorausgesetzt. Vgl. Gl. „officio iudicis" ad h. c. — Vgl. ferner Innocenz IV., Apparat. ad c. 3 X. de rest. spol. 2,13 n. 3 s. v. „forma" und dazu Baldus, Margarita: „exceptionem peremtoriam non opponens sibi praeiudicat". — Vgl. Gl. exceptiones ad c. 11 X. de probat 2,19. — Vgl. Durantis, Spec. II. 1 de except. § 4 n. 1 a. E.: Tu autem advocate rei nota: nam si confidis actorem in sua intentione deficere, nullam proponas exceptionem; sed tantum de factum tunc excipitur.

[328]) Gl. cit.: exceptio enim danda est in scriptis et redigenda in actis.

[329]) Dieser Ausdruck ist technisch, z. B.: Speculum II. 1 de exceptionibus § 3 n. 2: peremtoria exceptio ante litis contestationem est protestanda, sed post proponenda et probanda und vielfach sonst.

[330]) Durant. Spec. II. 1 de exceptionibus § 4 n. 23,24 ff. z. B. für eine dilatoria: Titius ad petitionem talis coram tali iudice citatus in ipsius iudicis praesentia excipiendo proposuit et proponendo excipit ac protestatus est, quod cum non sit de ipsius iudicis foro . . . . . non vult nec de iure se teneri credit sibi in iudicio respondere. Ähnlich die peremptoriae: (ut supra bis protestatus est) non esse procedendum contra eum super eo . . . quia idem Seius fecit pactum de non petendo in perpetuum. Überall übrigens noch die Form der motivierten Antwortverweigerung bezw. Verneinung.

[331]) Vgl. Bartolus, ad l. 1 D. 44,1 n. 4 und n. 10; ad l. 56 D. 45,1 n. 4; ad l. 40 (ubi pactum) C. de transact. 2,4 n. 9 und n. 10; ad l. 27 (si unus) § 3 (pactus ne peteret) D. de pactis 2,14. — Baldus ad l. 10 (non exceptionibus) C. de exceptionibus 8,35; ad l. 2 C. sent. rescind. non poss. 7,50; ad l. 27 § 3 D. de pactis 2,14. — Barth. Socinus, in Rubr. de exceptionibus D. 44,1. — Angelus Aretinus, in Rubr. de exceptionibus J. 4,13 n. 8. — Balbus (lebte zu Turin init. Saec. XVI) tractatus de praescriptionibus P. I. q. VIII: Judex parte non petente non repellit actorem, nisi prorsus actione carentem sive agentem

ihn eingehend und — nach der Weise der Zeit — mit mehreren Distinktionen und Ausnahmen, in denen der Richter die exceptio iuris „supplieren" kann.[332]) Abweichend aber vom kanonischen Prozeß verlangten die Romanisten nicht die Proponierung der exceptio „in scriptis", ja nicht einmal eine genaue juristische Charakterisierung (conclusio) der einzelnen exceptio,[333]) vielmehr genügte die „narratio facti", wenn sie nur — „clare" — vom Beklagten ausgeht und dadurch „praesumtive"[334]) dessen Proponierungswillen erkennen läßt.

In dieser Form erhielt sich der Grundsatz in der italienischen Doktrin dauernd.[335]) Daß er auch in der Praxis zur Anwendung gelangte, beweist sein häufiges Vorkommen in den Konsiliensammlungen.[336])

Bei der Durchführung des Satzes im einzelnen mußte man nun aber auf die größten Schwierigkeiten stoßen. Denn für die Frage, welche exceptiones eigentlich zu den exceptiones iuris gehörten, boten die Quellen bei dem Fehlen gemeinsamer materieller Eigentümlichkeiten der römischen exceptiones keinen anderen Anhaltspunkt als die, noch dazu nicht immer konsequente Terminologie. Die Folge war, daß hier zahlreiche Streitfragen entstanden; eine derselben ist auch die, ob der Einwand der Verjährung, die „exceptio praescriptionis", eine exceptio iuris oder facti sei, ob sie proponiert werden müsse oder nicht.

---

de facto, secus si habeat actionem quae elidetur exceptione iuxta Doctrinam glossae et Bartoli communiter approbatam.

[332]) ad l. 27 § 3 D. de pactis 2,14. Der Richter „supplet" die „exceptio quae inest ipsi actioni" und die „exceptio, quae extrinsecus venit, si actor locupletatur cum aliena jactura".

[333]) Schon Odofred ad l. 1 D. 44,1 n. 2: qui excipit libellum non offert. — Vgl. eingehend Bartolus ad l. 1 D. 44,1 und Baldus ad § „exceptiones" J. de replicationibus 4,14.

[334]) Vgl. Bartolus ad l. 2 D. de exc. 44,1 n. 5: sufficiat quod concludat praesumtive.

[335]) Auch die späteren Kanonisten stellen ihn ganz in der Weise des Bartolus unter Berufung auf diesen dar; vgl. Jo. de Jmola ad. c. 12 X. de exceptionibus 2,25.

[336]) Vgl. Baldus, Cons. P. II. cons. 62 (concl. 2); Alexander Tartagnus, Cons. VI. cons. 225 n. 21 und n. 18; Jason, Cons. 7 n. 3 und 4; Laurentius Calcaneus Brixiensis, Cons. 36 n. 12.

II.

Die Behandlung der exceptio praescriptionis.

a) Die Gloſſatoren.

§ 12.

Die Verjährungslehre der Gloſſatoren weicht von derjenigen der römiſchen Quellen nicht unerheblich ab. Man unterſchied[337]) hauptſächlich drei Arten zeitlicher Begrenzung von Rechten: usucapio, longi temporis praescriptio, longissimi temporis praescriptio actionum,[338]) und erblickte in der usucapio die Erſitzungsart für Mobilien, in der longi temporis praescriptio die Erſitzungsart für Immobilien, ſowie für res incorporeae quae mobiles non sunt,[339]) und in der longissimi temporis praescriptio die allgemeine Forderungs- oder (um im Sinne der Gloſſe zu ſprechen) Klagen-Verjährung.[340]) Während man nun darüber einig war, daß der Uſukapient mit dem Zeitablauf ohne

---

[337]) Vgl. Landsberg, Die Gloſſe des Accurſius S. 150 f., S. 210 ff. bezüglich der Erſitzung. — Die außerordentliche Erſitzung, praescriptio longissimi temporis, wird von der Gloſſe lediglich als qualificierte Aktionenverjährung aufgefaßt, kommt als beſondere Verjährungsart demnach hier nicht in Betracht.

[338]) Vgl. Rogerius, de praescriptionibus; Placentin, Summa in Cod. VII. 36 (de praescript. longi temp.) und VII. 42 (de praescript. triginta vel quadraginta annorum); Azo, Summa in Cod. VII. 32, 33, 39.

[339]) Vgl. Placentin, Summa in Cod. VII. 36: . . praescribitur res immobilis, non mobilis . . praescribitur quoque res incorporea, quae neque mobilis est, nec nihil mobilis, ut servitus, libertas, actio. Ähnlich Azo, Summa VII, 33 pr., aus deſſen Ausführungen ſich ergiebt, daß bei „actio" im Sinne Placentins an die actiones in rem scriptae zu denken iſt.

[340]) Mit Rückſicht auf die oben (Anm. 254) erwähnte Auffaſſung der Gloſſe von dem Klagerecht.

weiteres dominium directum erwerbe,[341]) beſtand ſeit der älteſten Zeit eine Streitfrage bezüglich der Wirkung der praescriptio longi temporis. Nach der Anſicht des Martinus erwarb auch durch ſie der Präſkribent dominium directum, während Bulgarus die Anſicht vertrat, daß hier für den Präſkribenten lediglich ein dominium utile entſtehe.[342]) Folgeweiſe gewährte Martinus dem Präſkribenten eine actio directa und gegen die Vindikation des früheren Eigentümers eine exceptio facti, Bulgarus gab ihm dagegen nur eine actio utilis und gegen den vindicierenden (direkten) Eigentümer eine exceptio iuris. Die Auffaſſung des Bulgarus trug den Sieg davon:[343]) zweifellos iſt dieſer Sieg — wie Landsberg[344]) hervorhebt — durch den deutſchrechtlichen Gedanken gefördert worden, daß an Liegenſchaften, dem echten Eigen, das Eigentum weit ſchwerer verloren gehen könne, als an Fahrhabe.[345]) Daß dies nicht die einzige hier wirkſame germaniſche Idee iſt, wird noch zu erörtern ſein.

Für uns iſt die Behandlung der longi temporis praescriptio zunächſt deshalb wichtig, weil man zu den oben erwähnten res incorporeae immobiles, welche durch die longi temporis praescriptio erworben werden, auch die Freiheit eines Grundſtücks von Servituten rechnete,[346]) ſo daß alſo auch der nonusus der Servituten in vollem Umfange nach den Regeln der longi temporis

---

[341]) Vgl. Landsberg, Gloſſe § 9 S. 150.

[342]) Vgl. Gloſſe „exceptionem“ ad l. 8 C. de praescript. XXX. 7,39: Nota pro Bulgaro contra Martinum, quod praescriptione non quaeritur dominium . . cum exceptio sit actionis exclusio. Sed Martinus dicit exceptionem intentionis dari. — Vgl. Landsberg, Gloſſe l. c.

[343]) Vgl. Gl. ord. „exceptionem“ ad l. 8 tit. cit.; Azo, Summa in Cod. VII. 33 de longi temp. praescr. § „est autem praescriptio“; Hugolinus, Summa in Dig. Novum, 10, de diversis temporibus § „praescriptio vero longi temporis“; Placentin, Summa in Cod. VII. 36.

[344]) Landsberg, Gloſſe § 9 S. 152.

[345]) Die Gloſſe ſelbſt begründet ihre Auffaſſung mit dem Satze „quia mobilium rerum vilis est possessio“. Gl. „Dominia rerum“ ad pr. J. 2,6. Gl. „neglecta“ ad l. 47 D. de acquir. 41,2.

[346]) Vgl. Placentin, Summa in Cod. VII. 36; oben Anm. 339. Azo, Summa in Cod. VII. 33: . . . Item in servitutibus omnibus locum habet (sc. praescriptio longi temp.) quantum ad hoc, ut longo tempore non utendo amittantur. Item locum habet in libertate hominis. Potest et illud dici, quod locum habeat in actionibus personalibus, quae praescriptae sunt in rem.

praescriptio behandelt wurde und demnach durch exceptio iuris geltend zu machen war.[347])

Über die Wirkung der longissimi temporis praescriptio beſtand zur Gloſſatorenzeit kein Streit: die Aktionenverjährung gewährte dem Präſkribenten nach der allgemeinen Auffaſſung ebenfalls ſtets nur eine exceptio iuris.[348]) Man begründete dies mit dem ſprichwörtlichen Axiom: „quia tempus non est modus tollendae vel inducendae obligationis".[349]) Wichtiger als dieſe Deduktion iſt für die Auffaſſung der longissimi temporis praescriptio als exceptio iuris gewiß der Umſtand geworden, daß in den Quellen die honorariſche Temporalität ſtets als exceptio bezeichnet wird und ſomit den Gloſſatoren als eigentliche römiſche exceptio, als „exceptio stricte sumpta" erſchien. Dies wendete man dann auf die geſamte Aktionenverjährung an, da man in dieſer ein vollkommen einheitliches Inſtitut erblickte.

Hiernach mußte alſo ſowohl der nonusus der Servituten wie die Aktionenverjährung als exceptiones iuris im Prozeß ausdrück-

---

[347]) Vgl. Gl. „altercantibus" ad l. 16 de usufr. 3,33 a. E.: . . actio personalis competens pro usufructu tollitur X annis inter praesentes et inter absentes XX ut hic dicit. Sed an ipso iure? Respon.: non: sed per exceptionem, quia tempus (sc. non est modus tollendae obligationis). — Vgl. Gl. „per modum et tempus" ad § 3 J. de usufr. 2,4: Actio vero competens pro usufructu non tollitur (sc. tempore) ipso iure . . sed per exceptionem dicto tempore tollitur, licet in aliis modis fruendi ipso iure etiam actio tollatur.

[348]) So bemerkt die Gl. „facultatem" zu dem Paſſus: actiones triginta annorum silentio . . vivendi ulterius non habeant facultatem in der l. 3 C. de praescrpt. XXX. 7,39 ausdrücklich: scilicet quoad effectum id est per exceptionem, nam tempus ipso iure non tollit actionem ut l. (44) obligationum fere § (2) placet D. de O. et A. (44,7). — Ebenſo Gl. „prorogari" ad l. 7 eod.: Sed cum personalis (sc. actio) tollatur XXX. annis, quomodo durat plus accessoria? Respon.: non tollitur XXX. annis ipso iure ut l. obligationem fere, l. c. — Vgl. Gl. „satisfecit" ad l. 45 de administ. tut. 26,7: . . solvens ipso iure, praescribens exceptione liberatur.

[349]) Paulus l. 44 (obligationum fere) § 2 (placet) D. de O. et A. 44,7: Placet autem ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. Nam quod alicui deberi coepit: certis modis desinit deleri. Vgl. hierzu die Gl. „placet". — Auf dieſe Digeſtenſtelle berufen ſich die Gloſſatoren — wie die in der vorigen Anmerkung citierten Stellen zeigen — ſtets auch in unſerer Frage. — Vgl. über das Sprichwort Salicetus ad l. 3 C. de praescr. XXX. 7,39 bei no 3.

lich vorgeschützt werden, wenn sie Berücksichtigung finden sollten. Denn es zeigt sich nicht der geringste Anhalt für die Annahme, daß der oben erörterte für die exceptiones iuris im allgemeinen geltende Satz hier nicht angewendet worden wäre. Vielmehr verlangt Vivianus, ein Zeitgenosse des Accursius,[350]) ganz ausdrücklich das Vorschützen der longi temporis praescriptio.[351])

Fragen wir nach inneren Gründen für diese rechtliche Gestaltung und für die große Bedeutung, welche dieselbe, wie wir sehen werden, in der Folgezeit gewonnen hat, so lehrt ein Blick in den germanischen und zumal in den langobardischen Rechtszustand, daß dort die geschilderte Theorie der Bologneser einen mächtigen Rückhalt finden mußte. Wenn irgendwo die Subsumtion eines Verteidigungsmittels unter dem Begriff der exceptio iuris durch analoge germanische Rechtsbildungen unterstützt und getragen worden ist, so trifft dies für die Verjährung zu. Es ist im Folgenden hierauf kurz einzugehen.

b) Die langobardische Verschweigung.

§ 13.

Fast alle Fälle von zeitlicher Begrenzung subjektiver Rechte, die uns in den germanischen Rechtsquellen des früheren Mittelalters begegnen, tragen starke Spuren römischen Einflusses.[352]) Besonders stark romanisiert ist in dieser Beziehung das westgotische Recht,[353]) ferner hat z. B. das große Wormser Kapitulare von 829 ein

---

[350]) Er erscheint 1259 in der Matrikel der bolognesischen Sozietät der Tusci. Vgl. Savigny, Gesch. d. röm. R. i. M. V. S. 308.

[351]) Casus zur l. 9 C. de praescr. long. temp. 8,33: Seius emit quandam rem, quam Titius dicebat ad se pertinere: Titius convenit Seium rei vindicatione: Seius opponit praescriptionem longi temporis. An hanc exceptionem opponere debeat, quaeritur? Resp.: quod sic, et ante litem contestatam.

[352]) Vgl. Unterholzner, Verjährung I. § 21; Bethmann-Hollweg C.Pr. IV. S. 387 f., V. S. 136, S. 357 f.; Stobbe, D. Pr.R. I. § 68 S. 648; Kraut, Grundriß § 80; Zöpfl, R.G. III. § 100 (VIII.), I. § 18 Anm. 6, § 12 Anm. 9; Heusler, Die Gewere S. 80 ff.; Dahn, Westgoth. Studien S. 80 f.; Hübner, Der Immobiliarprozeß der fränkischen Zeit S. 80 ff., S. 150 ff., S. 188 ff.; Brunner, Forschungen No. XV.

[353]) Vgl. Lex Wisig. lib. X tit. 2 c. 1—4. Vgl. Dahn, l. c.

ganzes Verjährungsgeſetz des Codex Theodosianus übernommen,[354]) und vor allem findet ſich in allen dem römiſchen Einfluß zugänglichen Rechten, wie dem oſtgotiſchen,[355]) dem weſtgotiſchen,[356]) dem burgundiſchen,[357]) dem langobardiſchen,[358]) in den merovingiſchen,[359]) und karolingiſchen[360]) Kapitularien die römiſche Verjährungsfriſt von 30 Jahren.

Andererſeits aber giebt es Anhaltspunkte dafür, daß den Germanen auch in der Zeit vor ihrer Bekanntſchaft mit römiſchen Rechtsgrundſätzen der Gedanke einer zeitlichen Begrenzung ſubjektiver Rechte durchaus nicht fremd war. Die im ſpäteren Mittelalter ſo wichtige reindeutſche[361]) Friſt von einem Jahre bezw. von Jahr und Tag findet ſchon in den älteſten Rechtsquellen die verſchiedenartigſte Verwendung,[362]) und mit Recht hebt Zöpfl

---

[354]) Cap. Worm., cap. missis data, nº 3 a. E. de inquilinis et colonis (Mon. L. L. I. p. 355) verglichen mit l. 1 C. Th. de inquil. et colon. 5,10 (vgl. Unterholzner, l. c. S. 65).

[355]) Ed. Theod. 12 (Mon. L. L. V.).

[356]) L. Wisigot. lib. X tit. 2 c. 3. c. 4.

[357]) L. Burgund. tit. 79 c. 2—5 (M. L. L. III.).

[358]) Grimoald 4, vgl. weiteres unten.

[359]) Decretio Childebert. II. von 596 (Boretius M. L. L. S. II. p. 15); die vielfach hierher angezogene angebliche Constitutio Chlotars I. von 560 (Pertz M. I. p. 2), thatſächlich eine Praeceptio Chlotars II. (vgl. Boretius M. L. L. S. II. p. 18 ff.), gehört nur mittelbar hierher, da ſie nicht Frankenrechte ſchafft, ſondern die für Franken beſtehende 30jährige Friſt auf die Grundſtücks-Erſitzung durch Romani (Kirchen, provinciales) anwendet.

[360]) Capit. Worm. a. 829 cit. c. 10 (Pertz M. L. L. I. S. 351).

[361]) Die Friſt von einem Jahr ſchon in der vielerörterten L. Salica 45. — Über den ungewiſſen Urſprung der Friſt vgl. Fckema-Andreae, Die Friſt von Jahr und Tag, Z. d. Sav.-Stift. f. R.G. Bd. 14 germ. Abt. S. 75 ff.; Heusler, Gewere S. 238 f.; Sohm, Fränk. Recht und röm. Recht, Z. f. R.G. germ. Abt. I. S. 53.

[362]) Ein Jahr Lex Salica 45, 46; Capit. von 825 cap. 11 (Bor. p. 331); Capit. von 856 c. 13 (Pertz L. I. p. 443); Lib. Pap. Rothar, 361; Liutpr. 96. — Jahr und Tag: L. L. Pippini R. 32 (nach Kraut, Grundriß § 80, anders Lib. Pap.); Cap. Lud. P. von 817 c. 11 (M. L. L. S. II. Bor. p. 283); Form. Bign. 2 (Roz. 295), Form. Bign. 4 (Roz. 296) [Zeumer M. L. Form. p. 229]. Über die Friſt von 31 Jahren in Dipl. Theodor. III. R. Franc. von 680 (Kraut, Grundriß § 80) und carta Sen. [Zeumer p. 194] vgl. Grimm, Rechtsaltertümer p. 559, Stobbe Pr.R. I. § 68 I. a. E., Hübner, Immobiliarprozeß S. 152, Heusler, Inſt. S. 57.

hervor,[363]) daß in der sicilianischen Gesetzgebung Friedrichs II. die einjährige Verjährung als uraltes, nur in den Hintergrund gedrängtes Institut erscheint. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob das der römischen Verjährung entsprechende Institut der ältesten germanischen Rechtsquellen deutschen Ursprungs ist und nur unter römischen Einflüssen die erste feste Gestalt gewonnen hat, oder ob hier die römischen Rechtsformen die Grundlage der Rechtsgestaltung bilden. Jedenfalls zeigen sämtliche germanischen Fälle von zeitlicher Rechtsbegrenzung schon im frühen Mittelalter übereinstimmend einen eigenartigen juristischen Charakter: weder die römische usucapio, noch die römische praescriptio actionum begegnet uns in dem Volksrechte, den Kapitularien und den — deutschen wie italienischen — Gerichtsurkunden, sondern ein einheitliches, aus beiden gemischtes Institut, die spezifisch deutsche, hauptsächlich auf Liegenschaften angewendete Rechtsverschweigung, die in ihren Voraussetzungen einer Ersitzung, in ihren Wirkungen einer Forderungsverjährung im wesentlichen entspricht. Diese rechtliche Gestaltung tritt scharf hervor in den knappen Worten des Edictum Theoderici:[364])

> Qui per triginta annos quamlibet rem jugiter possidere fuerit adprobatus, neque publico neque privato nomine patiatur aliquam penitus quaestionem.

Sie findet sich auch in der Decretio Childeberts II. von Austrasien aus dem Jahre 596,[365]) wenn es dort heißt:

> Similiter Treiecto convenit, ut servo, campo aut qualibet res ad unum ducem et unum iudicem pertinentes per decem annos quicumque inconcusso iure possedit, nullam habeat licentiam interciandi;

und die gleiche Grundanschauung klingt aus der Bestimmung des Langobardenkönigs Aistulph vom Jahre 755:[366])

---

[363]) Zöpfl, R.Gesch. III. § 100 (VIII.). — Const. Sicil. (Ed. Neap. 1786) L. III. tit. 37 (nicht 32!)

[364]) c. 12. — Vgl. Reich, Entwicklung der kan. Verj.-Lehre S. 30.

[365]) Boretius M. L. L. S. II. p. 15. — Über die Wendung interciare mit Bezug auf Liegenschaften vgl. Hübner, Immobiliarprozeß S. 23.

[366]) Aistulph L. L. 18. VIII. und Lib. Pap. Aist. 9.

Si quis Langobardus qualecumque rem possederit, et custodes locorum venerabilium de ipsis rebus eum molestaverit et ipse possessionem suam de triginta annis consignaverit, et ejus claruerit possessio, possedeat et inantea etc.

Nicht das Eigentum erwirbt der ungestörte Besitzer mit der Länge der Zeit, sondern er wird nach germanischer Auffassung nur der Pflicht überhoben, sein Besitzrecht, im Hauptanwendungsfall also sein Grundstückseigentum, im Prozeß zu vertreten:[367]) dem Vorwurf „malo ordine possides“ gegenüber braucht er seine Unschuld nicht mehr zu beweisen weder in der abstrakten ältesten Form durch Eid und Kampf, noch durch den Nachweis eines speziellen Erwerbsgrundes. Das Hauptgewicht liegt also auf der Beweisfrage und es steht somit für den Germanen bei Betrachtung der Verschweigungswirkung nicht sowohl die materielle Wirkung, d. h. der offenbar eintretende Untergang des entgegenstehenden dinglichen Forderungsrechts, als vielmehr die durch die Verschweigung gewährte prozessuale Begünstigung, die Beweisbefreiung, im Vordergrund. Ausschließlich macht sich dieser Gesichtspunkt geltend in denjenigen Rechten, in welchen die Verschweigung des Gegners nicht gänzlich vom Unschuldsbeweise befreit, sondern denselben nur erleichtert. Auf diesem Standpunkte steht außer dem sächsischen Recht, auf welches weiter unten zurückzukommen ist, das langobardische Recht in der Zeit vor König Aistulph.

In der ältesten Aufzeichnung langobardischer Rechtsnormen, dem Edictus König Rothars, findet sich der Satz,[368]) daß derjenige, welcher eine Sache erweislich fünf Jahre hindurch ruhig besessen hat, den Unschuldsbeweis stets durch Eid oder — auf Verlangen des Klägers — durch Kampf zu führen berechtigt ist. Es wird durch diese Vorschrift dem Kläger die nach damaligem langobardischen Recht ihm bereits zustehende Befugnis entzogen, den abstrakten Unschuldsbeweis des Beklagten durch Führung eines Urkunden-

[367]) Vgl. Heusler, Gewere S. 80 ff.; Hübner, Immobiliarprozeß S. 79 ff.

[368]) Rothar 228: Si quis alium de rem mobilem aut immobilem pulsaverit, quod malo ordene possedeat, et possessor negaverit: ita prospeximus quod si per annûs quinque fuerit possessio, tunc ille qui possedit aut per sacramentum debeat negare aut per pugna defendere si potuerit. M. L. L. IV. p. 56.

oder Zeugenbeweises[369]) auszuschließen, eine Gefahr, welcher der Beklagte sonst nur durch Bezeichnung und Beweis seines Erwerbsgrundes, insbesondere bei derivativem Erwerb durch Benennung seines Autors[370]) entgehen konnte.[371])

Gleichen Tendenzen folgend legt dann Grimoald[372]) den wichtigen Satz fest, daß der dreißigjährige ungestörte Besitz von Liegenschaften von jeder Verpflichtung vom Kampf befreit, so daß hier stets der Unschuldseid mit Sakramentalen genügt, eine Bestimmung, die auf Freiheitsprozesse eine entsprechende Anwendung fand.[373]) Liutprand dehnte die Frist für Streitigkeiten über Erbschaftsgrund-

---

[369]) Vgl. Roth. 228 form. 1 a. E.: et ante quinque annos dicat actor, quod sibi res pertineat, ut legitur in R(omana) L(ege). Pertz M. L. IV. p. 355.

[370]) Mit Recht sieht daher Brunner R.G. II. § 119 Anm. 30 die Hauptwirkung des fünfjährigen Besitzes darin, daß er den Beklagten der Pflicht enthebt, den Autor zu stellen.

[371]) Roth. 227 hat den besonderen Fall im Auge, daß derjenige, welcher fünf Jahre ein Grundstück inter praesentes besessen hat, derivativen Erwerb des Grundstücks vom Kläger behauptet; wird hier vom Kläger nur die juristische Natur des Erwerbsgeschäfts in Frage gezogen (er behauptet Leihe statt Kauf), so soll der Beklagte, falls Kläger seine Behauptung nicht durch carta beweist, befugt sein, durch bloßen Unschuldseid ohne Kampf sich zu befreien, muß aber hierbei ausdrücklich die behauptete rechtliche Natur des Erwerbsgeschäfts beschwören: . . nihil aliud faciat emptor nisi praebeat sacramentum secundum qualitatem pecuniae, quod cum pretium suum rem ipsam comparassit (Eid über den Erwerbsgrund) nec alteri debeat per legem dimittere (Unschuldseid).

[372]) Grimoald 4. Die Knechte (familiae) werden nach den Grundsätzen des Immobiliarrechts behandelt. Vgl. Brunner, R.G. I. § 30. — Auf der Grimoald'schen 30jährigen Verschweigung beruht die spätere langobardische Verschweigung des Grundstückseigentümers gegenüber 30jährigem Lehnsbesitz, welche die Grimoald'sche Gestaltung am längsten bewahrt hat: vgl. Lib. Feud. II. 33 pr. . . si aliquis probaverit, se aliquid nomine beneficii aliquo tempore tenuisse domino praesente et non contradicente et servitium eius quasi a vasallo recipiente, licet non probet investituram, verumtamen obtinebit praestito iuramento, nisi aliud contra inducatur. Im 13. Jahrhundert wurde diese 30jährige Lehnsverschweigung dann in das Gewand der römischen Ersitzung gepreßt: cap. extr. Jacobi de Ardizone § 15 (t. 87): Si quis feudum alienum bona fide ab aliquo iusta traditione acceperit, licet dominus non sit, . . longi temporis praescriptione ius sibi acquirit.

[373]) Grimoald 1, 2.

ſtücke zwiſchen Miterben auf 40 Jahre,[374]) für Streitigkeiten über fiskaliſche Grundſtücke auf 60 Jahre aus.[375])

Einen Wendepunkt in der Entwickelung des Inſtituts bezeichnet die Geſetzgebung König Aiſtulphs. Dieſer befreite den langjährigen Beſitzer auch von der Verpflichtung zum Unſchuldseide.[376]) Damit war die Wirkung der Verſchweigung von einer Beweiserleichterung zu einer völligen Beweisbefreiung geſteigert. Allerdings bezog ſich die Beſtimmung Aiſtulphs nur auf den — praktiſch bei weitem wichtigſten — Fall des dreißigjährigen Grundſtücksbeſitzes und ließ insbeſondere die fünfjährige Verſchweigung Rothars in ihren Wirkungen unberührt.[377]) Indeſſen beſeitigte man allmählich auch dieſe Reſte der älteren Geſtaltung und zwar im Wege der

---

[374]) Liutpr. 69 (70).

[375]) Liutpr. 77 (78). — Vgl. auch Liutpr. 95 (96) ein Jahr zu Gunſten des Erben; Liutpr. 104 (105) dreißig Jahre gegen die Exheredatio der parentes. Kein neuer Verſchweigungsfall wird dagegen in Liutpr. 53 (54) angeordnet, ſondern es wird hier nur beſtimmt, daß der Kläger ſein 30jähriges Schweigen nicht mit dem Abhandenkommen ſeiner carta in der Zwiſchenzeit entſchuldigen darf; es tritt hier die Neigung des germaniſchen Rechts, die Fälle der sunnis, der „echten Not“ genau zu fixieren, hervor.

[376]) Aistulph 9. — Dieſes Geſetz wird vielfach (vgl. Brunner, R.G. II. S. 517; Heusler, Gewere S. 80 ff.) mit Stillſchweigen übergangen. Daß es den im Text angegebenen Sinn hat, ergiebt ſich nicht nur aus dem Wortlaut, ſondern wird durch form. ad Grim. 4 ausdrücklich beſtätigt, wo es heißt: Astulphus et bellum et sacramentum pro hoc delevit et precipit, si dubitatio fuerit, ut probet suam possessionem 30 annorum et possideat inantea. Vgl. form. 1 ad Roth. 228. Vor allem aber bliebe ohne dieſes Geſetz die Thatſache unerklärlich, daß in den italieniſchen Gerichtsurkunden des 9. u. 10. Jahrhunderts der Unſchuldseid nicht geleiſtet wird, ſobald der 30jährige Beſitz erwieſen iſt; z. B. Pl. von Cremona a. 891 (Muratori, Ant. II. S. 981); Pl. von Teano a. 915 (Gattula, Hist. Abbat. Cass. I. S. 88). Allerdings hat im 13. Jahrhundert die lombardiſtiſche Doktrin — in Übereinſtimmung mit der gleichzeitigen Geſetzgebung des Laterankonzils von 1215 — den Unſchuldseid Grimoalds unter Ignorierung von Aist. 9 für das Erfordernis der bona fides bei 30jährigem Beſitze ausgebeutet. Vgl. Karolus a Tocco, gl. possessio ad Lomb. II, 35 l. 5 und Andr. de Barulo, Comm. II. tit. XXXVII, (Ed. Lugd. 1562).

[377]) Wenn Heusler, Gewere S. 82 Anm. 1 annimmt, daß das Rothar'ſche quinquennium durch Grimoald 4 beſeitigt iſt, ſo wird man jedenfalls die Expositio Roth. 228 nicht für dieſe Auffaſſung anführen dürfen; denn § 1 ſagt von dem Geſetz: . . dat intelligi, quod post quinque annos ad annos 30 fieri potest. In dieſem Sinne iſt es „in parte rupta“ und das meint wohl auch die Gloſſe „quodsi“ ad h. l. nur.

Interpretation. Unter dem Einflusse der römisch-rechtlichen Lehre vom Ersitzungstitel erblickte die langobardische Doktrin bald in dem Unschuldsbeweis, soweit er — wie im Fall des fünfjährigen und des vierzigjährigen Besitzes — durch Aistulph nicht beseitigt war, einen Beweis für den iustus titulus possessionis. Man nahm also an, daß prinzipiell nur ein besonders qualifizierter Besitz, der titulierte, zur Verschweigung führen könne, daß der Titel auch besonders, und zwar mit Ausschluß des Gegenbeweises durch Eid, bewiesen werden müsse.[378]) Für die dreißigjährige Verschweigung aber habe Aistulph dieses Prinzip mit einer Ausnahme durchbrochen.[379]) So forderte man jetzt in keinem Fall mehr den Unschuldsbeweis des durch die Verschweigung Begünstigten.

Fragen wir nun nach der Art der prozessualischen Geltendmachung der langobardischen Verschweigung, so ist von vornherein klar, daß wir es hier mit einem selbständigen

---

[378]) Vgl. z. B. die Formeln zu Liutpr. 69 (70), besonders die vorletzte (8). Nolo ei respondere. Nec ille debet adversus me agere, quia per XL annos possedi. — Vere possedisti, sed malo ordine. — Non malo ordine possedi, quia tu mihi donavisti vel vendidisti, aut commutasti aut in aestimatione dedisti. Et ita iuret. Dazu Expos. § 14: Notandum est quoque, quod hac lege possessor cogitur dicere titulum sue possessionis et quod possessio absque iusto titulo non valeat. Vgl. auch form. 1 ad Roth. 227. — Vgl. im 12. Jahrhundert Ariprand (und Albertus) II. 35 (Ed. Anschütz S. 139): In qua causa sicut in omnibus prescriptionibus titulus justus et bona fides adesse debet; alioquin malo ordine possidet. Si ergo adversus regem velit uti prescriptione, titulum cum suo edoceat sacramento et insuper per statuta tempora se possedisse, nec per legem alii dimittere debere. Hier tritt neben dem Titel auch schon die bona fides (vgl. oben Anm. 376 a. E. und über die deutschrechtliche bona fides bei der Verschweigung Reich, Kanonische Verschweigungslehre passim) hervor.

[379]) Gl. „non excludat" ad Liutpr. 114 (115) sagt mit Bezug auf die 30jährige Verschweigung Grimoalds und Liutprands: secundum hunc (Liutpr.) videndum est, si bonum initium habuerit tenens, secundum Astulphum non. — Noch Karolus a Tocco hebt hervor, daß für 30jährige Verschweigung ein Titel nicht erforderlich ist, gl. possessio ad Lomb. II. 35 l. 5 (Grim. 4). Abweichend verlangt Ariprand (und Albertus) l. c. den Titel auch für die 30jährige Verschweigung. Er fährt l. c. fort: Cui contradicere videtur supra De proh. nupt. l. De his (= Liutpr. 104), ubi innuere videtur in XXX annorum possessione titulum non esse necessarium, set ibi titulo possidebat, quia pro herede.

Einwande in dem oben[380]) erörterten Sinne zu thun haben. Schwieriger dagegen ist die Frage, welcher der beiden oben erörterten Kategorieen selbständiger Einwendungen die Berufung auf die Verschweigung in deren vor-aistulphischer Gestalt unterzuordnen ist: Antwortsverweigerung ist diese nicht, weil der Beklagte ja trotz des langjährigen Besitzes auf den Klagevorwurf antworten und seine Unschuld mindestens durch Eid beweisen muß; aber auch eine eigentliche Motivierung der Klagenegation liegt hier nicht vor, weil die Verschweigung ja eben dem langjährigen Besitzer nicht das Eigentum verschafft[381]) und daher in der Berufung auf den Besitz keineswegs die Anführung eines Erwerbsgrundes liegt. Indessen steht trotz dieser inneren Verschiedenheit die Berufung auf die Verschweigung in der älteren Gestaltung einer motivierten Klagenegation der prozessualischen Bedeutung nach völlig gleich, beide verfolgen im Verfahren dasselbe Ziel: einen Beweisvorteil. „Non debes mihi approbare, quia jam tantum possedi, quod debeam me defendere", erwidert der Beklagte dem Kläger, welcher den Beweis seines Besitzrechts anbietet, und auf die Provokation zum Kampf sagt er: „non defendam me per bellum, sed per sacramentum, quia jam possedi per 30 annos".[382]) So stellt sich die Berufung auf die Verschweigung ebenso wie die Motivierung der Klagenegation dar als Widerspruch gegen das Beweisanerbieten des Gegners bezw. gegen ein Beweisurteil des Gerichts.

Es kann bei dieser Sachlage nicht befremden, daß uns in der Zeit nach dem Gesetze Aistulphs in den Formeln der antiqui iudices[383]) sowie in den Gerichtsurkunden des 8. bis 10. Jahrhunderts[384]) die Berufung auch auf die neugestaltete dreißigjährige

---

[380]) Vgl. oben § 11.

[381]) Noch Andr. de Barulo, Com. ad Lomb. tit. 37 betont, daß der Langobarde, welcher seinen 30jährigen Besitz verliert, „a nullo vendicabit".

[382]) form. 2 ad Grim. 4.

[383]) Vgl. form. 2 ad Grim. 4 (secundum quosdam); form. 1 Liutpr. 53 (54) (secundum segnes); form. 1 Liutpr. 77 (78), der mit „sed ita" die form. 3 eod. entgegengesetzt wird.

[384]) In dem Pl. von 891 (Muratori, Ant. II. S. 981) erwidert der Beklagte: Scio supradictam ripam et insulas . . . partem Episcopatus habere et tenere, sed non contra legem, pro eo, quod per sexaginta annos ad suam detinet proprietatem; in einem Pl. von 915 (Mur. VI. S. 305) heißt es ähnlich: non contra legem, eo quod a longo tempore curtem ipsam, quae dicitur Bar-

Verschweigung zunächst noch in der Form einer Motivierung der Klagenegation entgegentritt. Aber es ist ebenso natürlich, daß man allmählich, zumal mit der Ausdehnung des Aistulph'schen Prinzips auf alle Verschweigungsfälle, das Unkorrekte dieser Behandlungsweise einsah. Denn da die jüngere langobardische Verschweigung, falls ihre Voraussetzungen erwiesen sind, den Beklagten jedes Beweises für die behauptete Unschuld enthebt, so gewährt sie ihm damit thatsächlich die Befugnis zur Verweigerung der Antwort auf den Klagevorwurf. In richtiger Erkenntnis dieser Sachlage verlangte die jüngere Pavenser Schule, daß die Verschweigung auch der Form nach als Antwortsverweigerung zur Geltung komme, und diese Behandlungsweise finden wir im Liber Papiensis für die Verschweigung im vollen Umfange als geltendes langobardisches Recht dargestellt.[385]) Nach alledem müssen wir mit Rücksicht auf die früheren Ausführungen annehmen, daß die langobardische Verschweigung in allen Phasen ihrer Entwicklung nur dann vor Gericht bei Verteilung des Beweisrechts Berücksichtigung fand, wenn der Beklagte dies ausdrücklich veranlaßte.

Es ist nahezu selbstverständlich, daß das langobardische Verschweigungsinstitut Einfluß auf die romanische Praxis gewinnen mußte. Nicht nur die große praktische Wichtigkeit, zumal der dreißigjährigen Verschweigung, drängte dazu, sondern auch das

---

badam, cum sua pertinentia pertinet de illam portionem, quam consuetudo fuit in beneficio dando; in einem Pl. von 945 aus Regium (Mur. I. p. 463) lautet die Antwort: non malo ordine, pro eo quod ego et quidem quondam Unrucho comes genitor meus heas habuissemus et detenuissemus ad nostram proprietatem per annos triginta.

[385]) 5jährige Verschweigung: form. Roth. 228 . . . non tibi respondeo, quia possedi per quinque annos in facie tua. form. 1 Roth. 227: Non debet nec vult tibi respondere, quia te praesente possedit per V annos (secundum valentes!). 30jährige: form. 3 Grimoald 4: non tibi respondeo, quia possedi per triginta annos; form. 4 eod.: P. t. app. M., quod tu malo ordine possides quandam suam terram . . — Non est verum. — Hoc vult tibi adardire. — Non debet, quia possedi per 30 annos. — Exdic te ergo per sacramentum. Quod Astulphus noluit, sed ita: non tibi respondeo, quia possedi per triginta annos. Vgl. form. 2 Liutpr. 114 (115) und sonst. 60jährige: form. 3 Liutpr. 77 (78): Sed ita: Pet. te app. etc. . . . Non debeo inde respondere, quia possedi per 60 annos. 40jährige: form. 8 Liutpr. 69 (70) o. Anm. 378. In allen Fällen erscheint diese Behandlungsweise als das moderne Recht gegenüber veraltetem. — Vgl. auch Brunner, R.G. II. § 99 Anm. 31 und Forschungen S. 743.

immer wachsende Bemühen der langobardischen Jurisprudenz, das ohnehin stark romanisierte langobardische Institut unter die römische Schablone zu pressen.[386]) So giebt denn schon der Verfasser des Brachylogus von der römischen Aktionen-Verjährung eine Darstellung, welche die Spuren der deutschrechtlichen Einflüsse unverkennbar an sich trägt. Es heißt da, nachdem die Ersitzung besprochen ist,[387])

Est autem et alia longi temporis praescriptio, quae quidem possidentem dominum non facit, verum contra petentem exceptione possessorem tuetur: si quis enim rem alienam, bona fide seu sciens alienam, titulo vel sine titulo per juge tricennium sine aliqua legali interpellatione pro sua possederit, adversus petentem quamlibet, nisi sit venerabilis domus vel fiscus, justa se praescriptione defendet.

Mit Recht sagt Heusler,[388]) daß diese Stelle ganz die damalige — aus langobardischem und römischem Recht gemischte — Praxis beschreibt.

Dies alles wirft ein ganz besonderes Licht auf die Thatsache, daß die Bologneser Schule ihre praescriptio als exceptio juris auffaßt, sie prozessualisch also genau so behandelt wie die langobardische Verschweigung. Die Praxis drängte zu einer solchen Auffassung.[389]) Es wirkte aber dahin nicht nur der äußere Umstand, daß man in den Gerichten das ausdrückliche Vorschützen der Verschweigung bezw. Verjährung offenbar verlangte, sondern der Einwand der Verschweigung fügte sich auch wie kein anderes Verteidigungsmittel in den bologneſischen Schulbegriff der ex-

[386]) Vgl. bei Anm. 378. Vgl. die Darstellungen bei Karolus a Tocco ad Lomb. II. 35 und bei Andr. de Barulo, Comm. II. 37, welcher einige Unterschiede der beiden Institute zusammenstellt, alle sonst behaupteten Abweichungen aber als unpraktische Distinktionen verwirft.

[387]) Brachylogus II. tit. 11 de praescriptione triginta vel quadraginta annorum.

[388]) Heusler, Gewere S. 81.

[389]) Auch die Langobarden bezeichneten übrigens ihre Verschweigung als exceptio. Vgl. gl. ad form. ult. Otto I. 3 (2): Utitur iis reus exceptionibus: si actor fuerit iudicatus ad mortem . . ., si tacuit per tempus. Nur bezüglich des quinquennium bemerkt die gl. ad form. Roth. 228: quinquennium non est exceptio sed est placiti discretio. So war der Boden für die Doktrin der Glosse nach allen Richtungen geebnet.

ceptio juris. Wenn auch zweifellos durch die Verschweigung das dingliche Forderungsrecht thatsächlich verloren geht, so trat doch dieser Gedanke nach allgemein-germanischer Auffassung — wie wir gesehen haben — weit zurück hinter dem Gedanken, daß die Verschweigung des Gegners einen prozessualischen Schutz gewährt. Es gilt das doppelt gerade von der langobardischen Verschweigung, weil deren Wirkung in der Zeit vor König Aistulph ja in der That eine rein prozessualische gewesen war. So fanden hier die Glossatoren in der Praxis eine Anschauungsweise, die ihrer Idee vom existierenden, aber prozessualisch unwirksamen Recht nahe verwandt war.[390]) Das Resultat ihrer Quellenforschung über die praescriptio[391]) bestätigte also in erwünschter Weise den thatsächlichen Rechtszustand, und es war damit zugleich ein Hauptpfeiler für die Theorie der exceptio iuris errichtet.

c) Die spätere italienische Doktrin.

§ 14.

Die spätere italienische Doktrin schloß sich in ihrer Verjährungslehre eng an die Glossa ordinaria an und nahm demgemäß auch in unserer Frage die Theorie der Glossatoren bereitwillig auf. Dynus,[392]) Oldradus,[393]) Cynus,[394]) Albericus de Rosciate,[395])

---

[390]) Bezeichnend ist, daß die spätere langobardische Jurisprudenz in diesem Punkt die Präskriptionslehre der Bologneser fast Wort für Wort auf die langobardische Verschweigung übertragen konnte. Vgl. Karolus a Tocco gl. si quis ad l. 11 (Aistulph 9) Lomb. II. 35: . . licet actio non tollatur ipso iure in praescriptione XXX annorum, quia tempus non est modus tollendae actionis ipso jure, tamen actio efficitur inutilis Langobardo, qui vult agere praescriptione triginta annorum: nam quoad effectum nihil interest, utrum nullam habeat actionem, an talem quae per exceptionem tollatur.

[391]) Daß die deutschrechtlichen Gedanken in der Lehre von der usucapio keinen Boden fanden, erklärt sich aus der Deutlichkeit, mit welcher die römischen Quellen hier sprechen, und aus dem bereits erwähnten Einfluß des Satzes „mobilium rerum vilis est possessio"; vgl. Anm. 345. Zudem betraf die — praktisch bedeutungsvollste — 30jährige Verschweigung nur Liegenschaften.

[392]) Bezügl. der longi temp. praescr. berichtet das von ihm sein Schüler Cynus ad l. nisi C. de bonis matern. 6,59 (60), bezügl. der longissimi temp. praescr. derselbe ad l. ultim. C. quibus ex causis mai. in integr. 2,54.

[393]) In seinem verlornen (vgl. Savigny, Gesch. VI. Kap. 49, II.) Digestenkommentar, wie Antonius Butrigarius ad C. 6 X. de praescr. 2,26 berichtet: Oldradus dicit, quod opus est exceptione.

vor allem aber Bartolus[396]) und Baldus[397]) faßten die praescriptio longi und longissimi temporis als exceptio iuris auf. Zwar erörterten sie diesen Punkt vorzugsweise mit Rücksicht auf die Fragen nach dem Zurückbleiben des dominium directum bezw. der naturalis obligatio, zwei Fragen, durch welche die unsere damals vollkommen in den Hintergrund gedrängt war, aber trotzdem ist doch kein Zweifel, daß diese Juristen auch in unserer Frage dieselbe Konsequenz wie vor ihnen die Glossatoren aus ihrer Auffassung zogen.[398])

Seit Anfang des 14. Jahrhunderts bestand aber diese Auffassung der Italiener nicht mehr unbestritten. Der Widerspruch ging aus von der französischen Juristen-Schule, als deren Stifter Jacobus de Ravanis († 1296) und als deren Haupt Petrus de Bellapertika († 1308) erscheint.[399]) Diese Ultramontani — wie sie von den gleichzeitigen Italienern genannt werden — hatten — wohl infolge ihrer formalistischen und stark von der damaligen Dialektik beeinflußten Methode — kein Verständnis mehr für den Gedanken des Bulgarus, daß durch langjährigen Besitz unter ganz gleichen Voraussetzungen an Fahrhabe dominium directum, an Liegenschaften dagegen nur dominium utile erworben werden solle, vielmehr wollten sie im Sinne des Martinus die praescriptio

---

[394]) Bezügl. der longi temp. praescr. Cynus ad l. si quis emtionis C. de praescr. XXX an. 7,39, ad. l. emtor. C. de praescr. longi temp. 7,33, ad. l. nisi C. de bon. mat. 6,59 (60); bezügl. longissimi temp. praescr.: Cynus ad l. ult. C. quibus ex causis mai. 2,54 n. 5, besonders a. E., wo er seine Auffassung als damalige communis opinio bezeichnet.

[395]) Albericus de Rosciate ad. l. emtor. C. de praescr. longi temp. 7,33, eine Stelle, welche fast wörtlich mit der vorerwähnten Ausführung des Cynus zu derselben lex übereinstimmt.

[396]) Bartolus ad. l. ultimam C. quibus ex causis mai. 2,54; vgl. auch ad. l. fi. D. rem ratam haberi 46,8, wo er übrigens die eigene Meinung des Cynus und den Bericht desselben über die Auffassung der französischen Juristen zusammenwirft.

[397]) Baldus ad l. 3 C. de praescr. XXX an. 7,39, bes. n° 4 und 12; ad l. 4 eod., wo er indessen die longi temp. praescr. als exceptio facti auffaßt, eine Ansicht, die in der Folgezeit bei den Romanisten durchaus keinen Anklang gefunden hat. Vgl. Salicetus ad l. 20 (traditionibus) C. de pactis 2,3 n.° 6 und ad Auth. „nisi tricennale“ bei l. 1 C. de bon. mat. 6,60.

[398]) Vgl. Baldus zur l. 1 C. adversus creditor. 7,36: praescriptio non tollit actionem ipso jure, sed solum eius effectum, reddendo eam inefficacem; nam exceptio praescriptionis semper opponenda est.

[399]) Vgl. Savigny, Gesch. des röm. R. VI. Kap. 48.

longi temporis in der Wirkung vollkommen der usucapio gleichſtellen und auch dem Präſkribenten eines Immobile eine exceptio facti gewähren.[400]) Weitergehend als Martinus behandeln die Franzoſen nun aber in dieſer Beziehung der praescriptio longi temporis die longissimi temporis praescriptio actionum vollkommen analog: wie durch jene unmittelbar dominium directum erworben wird, ſo geht durch dieſe — nach ihrer Anſicht — die obligatio ipso jure unter, auch aus der Aktionenverjährung erwächſt alſo eine exceptio facti.[401]) Sie begründeten dies — vom Standpunkte der damaligen Exceptionstheorie ganz treffend — in der Weiſe, daß zwar im älteren römiſchen Recht die Verjährung durch eine wirkliche exceptio (die prätoriſche exceptio annua) zur Geltung gekommen ſei, daß ſich dies aber durch die Theodoſiſch-Juſtinianiſchen Verjährungsgeſetze geändert habe.[402]) Denn aus den Ausdrücken dieſer Geſetze und insbeſondere aus den Wendungen „actiones vivendi ulterius non habeant facultatem“[403]) und „(reus) sit liber et praesentis saluberrimae legis plenissima munitione securus“[404]) gehe hervor, daß durch die Verjährung die actio vollkommen erlöſche — von einer „an ſich exiſtierenden

---

[400]) Vgl. Petrus a Bella Pertica (Repetitiones in aliquot Codicis leges) ad l. fi. C. quibus ex causis 2,54 und in ſeiner Lectura super Codice ad Auth. „nisi tricennale“ l. 1 C. de bon. 6,60. Vgl. ferner den Franzoſen Johann Faber (1. Hälfte des 14. Jahrhunderts) ad Auth. „nisi tricennale“.

[401]) Schon Jacobus de Ravanis vertrat dieſe Anſicht. Vgl. darüber Salicetus ad l. 3 C. de praescr. XXX an. 7,39 n° 3: Jacobus de Ravanis dixit, quod imo ipso jure (actiones tollantur praescriptione) et hoc per istum textum (nämlich die l. 3 cit.): nam cum „ultra non vivant“, ergo velut mortuae extinguuntur, cum mors omnia solvat . . , dicit (sc. l. 4 cit.) quod est „plenissima monitione securus“, ubi pondera plenissimam in superlativo et superlativus ponit rem in termino, ultra quem non est progressus. Daß Petrus a Bella Pertica auf dem gleichen Standpunkt ſtand, berichtet Cynus eingehend ad l. fi. C. quibus ex causis mai. 2,54. Vgl. auch den Bericht des Jacobus Butrigarius ad l. 3 C. de praesc. XXX an. 7,39. Bei der geringen Anzahl der uns erhaltenen Schriften dieſer Schule ſind wir vorzugsweiſe auf die Nachweiſungen angewieſen, welche ſich über ihre Lehrmeinungen bei den Italienern finden.

[402]) Cynus l. c.: Petrus dicit: . . . . hodie tamen introductum est, quod tempus sit modus actionis tollendae ipso jure, quia leges hodie, ne lites fiant immortales volunt, quod actio tollatur spacio 30 annorum etc.

[403]) l. 3 § 1 C. de praescr. XXX an. 7,39.

[404]) l. 4 § 2 C. eod.

und nur durch exceptio juris unwirksamen actio" könne daher keine Rede sein.

Diese Anschauungen der Franzosen wurden in Italien nur ganz vereinzelt — so von Jacobus Butrigarius[405]) († 1348) — acceptiert; im übrigen standen die italienischen Romanisten, wie erwähnt, auf dem entgegengesetzten Standpunkte und viele — wie Cynus,[406]) sowie von späteren Salicetus[407]) († 1412) und Raphael Fulgosius[408]) († 1427) — bekämpften die Franzosen mehr oder minder eingehend. So war unsere Frage zur Kontroverse geworden. Denn bei dem Mangel entgegenstehender Nachrichten wird man unbedenklich annehmen können, daß die Franzosen auch in unserer Frage die Konsequenzen ihrer Auffassung der Verjährung als einer exceptio facti zogen und — im Gegensatze zu den Italienern — dem Richter gestatteten, die Verjährung stets von Amtswegen zu berücksichtigen.

Indessen war der ganze Streit, wenn dieser Ausdruck überhaupt gebraucht werden darf, zunächst — wenigstens für Italien[409]) — nur ein rein wissenschaftlicher; denn daß die Meinung der Franzosen

---

[405]) Jacobus Butrigarius l. c., der eine merkwürdige dialektische Unterscheidung der Ultramontanen wiedergiebt: est considerare causam causative ut est dominium: et cum hoc sit iurisgentium, non potest tolli praescriptione, quae est iuris civilis. Item est considerare causam causatam a domino ut actio. Et ista cum sit iuris civilis potest tolli, et tollitur per praescriptionem. In actionibus vero personalibus dic quod est etiam considerare causam actionis ut est obligatio: et ista non tollitur tempore cum sit juris gentium. Item est considerare actionem, quae nascitur ab ea: et haec cum sit juris civilis tollitur ipso jure per praescriptionem, quae est juris civilis, ut probat textus „vivendi ulterius" etc.

[406]) Cynus ad l. fi. C. quibus ex causis 2,54 und (bezügl. der longi temp. praescr.) ad l. 9 C. de praescr. long. 7,33.

[407]) Salicetus ad l. 3 C. de praescr. XXX an. 7,39; ad l. 20 C. de pactis 2,3.

[408]) Raphael Fulgosius ad l. 8 C. de praescr. 7,39.

[409]) Gewiß aber auch für Frankreich. Denn die Schule des Petrus a Bella Pertica hat dort ebenfalls einen dauernden Einfluß nicht gehabt (Savigny, Gesch. Bd. VI. S. 25), und die Meinung jener Juristen in unserer Frage mußte auch sicher infolge des ganzen Charakters des französischen Prozeßrechts (vgl. Brunner, Wort und Form, passim; Schwalbach, Der Stilus § 5 S. 18 und passim) heftigen Widerstand in der Praxis finden. Die spätere Entwicklung unserer Frage im französischen Recht zeigt denn auch keine Spur von der Lehre dieser älteren französischen Schule. Vgl. weiteres unten.

in der italienischen Praxis Anklang gefunden haben sollte, ist bei der Einmütigkeit der Gegner und dem großen Einfluß derselben auf das praktische Rechtsleben kaum anzunehmen.

Gegen Ende des 14. Jahrhunderts trat aber eine Wendung ein; — damals gewann nämlich die Meinung, daß die praescriptio stets von Amtswegen im Prozesse zu berücksichtigen sei, den Sieg auf einem Boden, der gerade für das Prozeßrecht die größte Bedeutung gewonnen hat: auf dem Boden des kanonischen Rechts. Die Kirche hatte im wesentlichen die römische Verjährungslehre übernommen, und zwar in der Form, wie die Romanisten sie im 12. und 13. Jahrhundert auffaßten.[410]) Erhebliche Umgestaltungen erfuhr die Lehre nur in zwei Richtungen. Einerseits führten kirchenpolitische Bestrebungen zu legislatorischen Eingriffen,[411]) als deren endliche Ergebnisse die bekannte starke Betonung der bona fides durch das Laterankonzil von 1215[412]) und die Bestimmungen des Liber Sextus über den Ersitzungstitel[413]) sich darstellen. Andererseits macht sich in der kanonistischen Doktrin der Einfluß des deutschrechtlichen Verschweigungsinstituts noch stärker geltend, als bei den Bearbeitern der justinianischen Kompilation,[414]) und führte zu der seit jener Zeit niemals mehr ganz geschwundenen Auffassung, daß die usucapio, die longi temporis praescriptio und die longissimi temporis praescriptio lediglich als verschiedene Erscheinungsformen eines einheitlichen Instituts, der Verjährung, praescriptio schlechthin zu betrachten seien.[415])

---

[410]) Vgl. die Darstellung Gratians in pars 8 c. 16 q. 3 und die ausführliche Gl. „quod autem praescriptione" ad p. 1 c. 16 q. 3, auf die Johann Andreae in der Gl. „possessor" ad c. 2 de R.J. 5,13 in VI.o verweist. Vgl. von späteren auch Dynus, Comm. in reg. jur. Pontificii, ad reg. 2 und 3.

[411]) Über diese Vorgänge eingehend Reich, Die Entwicklung der kanonischen Verjährungslehre von Gratian bis Joh. Andreae (Berlin 1880) passim, besonders § 5.

[412]) Vgl. den vielerörterten c. 20 X. de praescr. 2,26: .. ut nulla valeat absque bona fide praescriptio; und die überzeugenden gegen Hildenbrand (Gesch. d. Bestimmungen des kan. Rechts über die bona fides, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 36, bes. S. 27, 1853) gerichteten Ausführungen Reichs a. a. O.

[413]) c. 1. de praescr. 2,13 in VI.o; vgl. Reich, l. c. § 7.

[414]) Vgl. Reich, l. c. passim und bes. S. 29 f.

[415]) Dabei dachte Gratian in der pars. 8 c. 16 q. 3 und ebenso die spätere Doktrin seit der Gl. „titulum" des Joh. Andreae zu c. 1 de praescr. 2,13 in

Bei diesem verstärkten Einwirken deutscher Rechtsgedanken auf die Verjährungslehre kann nach dem oben Gesagten die Thatsache nicht befremden, daß die älteren Kanonisten in unserer Frage der in germanischen Anschauungen wurzelnden romanistischen Theorie willig Folge leisteten: sie behandeln die praescriptio als exceptio juris,[416]) fordern also ihre Proponierung im Prozeß.[417])

Allmählich machte sich nun aber im kanonischen Prozeßrecht die Bestrebung geltend, dem Richter den Parteien gegenüber eine freiere Stellung und größere Gewalt zu gewähren, als ihm in dem älteren, vorwiegend auf germanischen Anschauungen beruhenden Verfahren gewährt wurde.[418]) Diese Bestrebung war die natürliche Folge des außerordentlichen Erstarkens der kirchlichen und insbesondere der päpstlichen Jurisdiktionsgewalt im 13. Jahrhundert, und fand schließlich ihren beredtesten Ausdruck in der Clementina „Saepe“[419]) vom Jahre 1306, welche neben den ordentlichen kanonischen Prozeß ein summarisches Verfahren mit straffer Prozeßdisziplin setzte.

Es liegt nahe, daß man bei dem Hervortreten solcher Tendenzen geneigt war, dem Gericht die Berücksichtigung der Verteidigungsmittel des Beklagten möglichst auch dann zu gestatten, wenn derselbe dies nicht ausdrücklich forderte. Demgemäß verordnete

---

VI. vorwiegend an eine erlöschende, die Kanonisten der Zwischenzeit (wie Goffredus und Innocenz IV.) vorwiegend an eine erwerbende Verjährung. Vgl. Reich, l. c. S. 29, 104, 77, 79. Übrigens ließ man sich durch diese unifizierende Grundauffassung nicht hindern, die Verjährungslehre nach der romanistischen oben erwähnten Einteilung darzustellen. Vgl. die umfangreiche Ausführung bei Hostiensis (Summa lib. II. de praescr. rer. immob.) und Durantis (Speculum IV. 2 de praescriptionibus).

[416]) Vgl. Hostiensis, l. c. n.° 6; ferner Durantis, der aber in konsequenter Durchführung der oben erwähnten Grundanschauung auch die usucapio als exceptio juris auffaßt: er stellt (Spec. II. 1 de exceptionibus § 1 n. 1) — zusammen mit den exs doli, non num. pec., S. C. Vellejan., Macedon. — die „praescriptiones generaliter et usucapiones“ im Gegensatz zu den „defensiones, quae ipso jure tollunt et perimunt omnem actionem, ut solutio (vgl. n.° 4 eod.)

[417]) Vgl. auch c. 7 X. de praescr. 2,26: non obstante praescriptione temporis, vel concessione ecclesiasticae saecularisve personae, si idem G. opponere eam voluerit.

[418]) Vgl. darüber Briegleb, Einleitung in die Theorie des summ. Proz. § 5 ff.; Muther, Zur Revision der Geschichte ꝛc. Kr.V.Schr. IX. S. 345 ff.

[419]) Cl. 2 de V.S. 5,11.

Gregor IX., daß die exceptio excommunicationis von Amtswegen zu beachten sei[420]) und die Glosse des Bernhard von Parma[421]) stellte hieran anknüpfend denselben Grundsatz für eine ganze Reihe anderer Exceptionen, insbesondere sogar für die „exceptio compensationis" auf.

Unter diesen Umständen fand der Gedanke, daß auch die praescriptio ohne besonderen Antrag zu berücksichtigen sei, bei den späteren Kanonisten bereitwillige Aufnahme. Zuerst wurde er von dem einflußreichen Antonius Butrigarius[422]) († 1408) vertreten, Nicolaus de Tudeschi (Panormitanus, Abbas Siculus)[423]) († 1453), Bertachinus[424]) († 1497), Felinus Sandeus[425]) († 1503) und Augustinus Berous[426]) († 1554), sämtlich hochangesehene und vielbenutzte Schriftsteller, folgten und die gemeine Meinung der Kanonisten schloß sich an. Man behandelte dabei unsere Frage meist nur für die praescriptio actionum[427]) und argumentierte ebenso wie die Franzosen hauptsächlich aus der Aus-

---

[420]) In c. 12 X. de except. 2,25 vgl. oben Anm. 327.

[421]) Gl. „officio iudicis" ad c. 12 X. cit.: Sic praelatus ex officio suo examinare debet electum sibi praesentatum, et Praetor, quos prohibet, in totum prohibet, etiam si pars non opponat. Sic etiam iudex admittit compensationem, licet pars hoc non petat, alias ius publicum offenderetur, quod esse non debet. Judex enim, qui scit actorem excommunicatum, non debet ei participare. — Übrigens standen bezüglich der exceptio procuratoria (auf welche die Glosse durch die Wendung „Praetor — prohibet" hinweist) die Romanisten auf demselben Standpunkt: Vgl. Gl. „praetermissum" ad l. 8 D. § veterani („milites") D. de proc. 3,3. Für das kanonische Recht hatten diese Bestimmungen aber besondere Bedeutung, weil das Verbot der Prokuratur von den milites auf die milites coelestes, die Kleriker, ausgedehnt wurde: Vgl. Gl. „procuratores" ad l. 31 C. de locato 4,65.

[422]) Ant. Butrigarius ad c. 6 X. de praescr. 2,26 „secundo nota".

[423]) Panormitanus ad c. 6 X. de praescr. 2,26 n. 4: Et per istum textum dicit hic D. Antonius, iudicem posse repellere illum ex officio etc.

[424]) Bertachini Firmani Repertorium s. v. praescriptio.

[425]) Felinus Sandeus ad c. 6 X. de praescr. 2,26 — sehr eingehend.

[426]) August. Berous, Consilia, Vol. III. cons. XV. n. 33. Berous, l. c. sagt: iudex ex officio potuit repellere agentes, quibus praescriptio obstat, quoniam praescriptio legitima prorsus tollit omnem actionem et sine actione nemo experitur, ut est textus (c. 6 X. 2,26) ibique Abbas, Antonius Butrigarius et alii communiter.

[427]) Dies erklärt sich leicht aus dem bei Anm. 415 Gesagten.

drucksweise der Theodosisch-Justinianischen Gesetze, welche von den Päpsten zum Teil nachgeahmt worden war.[428])

Übrigens sahen sich die Kanonisten veranlaßt, dem Grundsatze der Ultramontani eine neue Wendung zu geben. Die damalige communis opinio nahm das Fortbestehen einer naturalis obligatio nach Vollendung der Verjährung an[429]) und folgerte dies u. A. auch daraus, daß die praescriptio durch exceptio juris zur Geltung komme.[430]) Um mit dieser communis opinio nicht in Konflikt zu geraten, vermieden es die Kanonisten, die praescriptio — mit den Franzosen — als ipso jure wirksam, als exceptio facti zu bezeichnen. Sie umgingen dies durch die Erfindung einer merkwürdigen „ampliatio" für die alte Regel, daß nur die exceptiones facti von Amtswegen berücksichtigt werden: bereits Nicolaus de Tudeschi stellte in dieser Hinsicht demjenigen, welcher wegen Entgegenstehens einer exceptio facti „nullam habet actionem", denjenigen völlig gleich, dessen „actio prorsus inefficax" ist.[431]) Da nun schon Bartolus[432]) erklärt hatte, daß die nach der Verjährung zurückbleibende obligatio naturalis „prorsus inefficax" sei, so glaubte man damit die gefährliche Klippe glücklich umschifft zu haben, ohne zu bedenken, daß man ja gerade in der „Unwirksamkeit" der

[428]) Besonders in c. 6 X. de praescr. 2,26. Die Wendung: quia quadragenalis praescriptio omnem prorsus actionem excludit. An diese Worte knüpften die Kanonisten an.

[429]) Vgl. Panormitanus ad c. 6 X. de praescr. 2,26 (. . supposito secundum communem opinionem, quod remaneat obligatio naturalis in debito et in re praescripta remaneat dominium illud directum, quod competit de iure naturali). Vgl. Bartolus ad l. 3 § ex hac D. si quis ius dicenti 2,3 n. 1; Cynus ad l. 10 cum quis C. de iur. et facti ign. 1,18; Baldus zu derselben lex.

[430]) Baldus ad l. 3 C. de praescr. XXX ann. 7,39; ad l. 10 cum quis C. de iur. et facti ignor. 1,18 n. 8 (z. B.: Breviter dico, quod obligatio naturalis est elisa, si praescribens vult uti commodo praescriptionis: secus si non vult uti commodo legalis praescriptionis, quod tunc naturalis obligatio non eliditur („elidi" wird im technischen Sinne im Gegensatz zu tolli gebraucht).

[431]) Panormitanus ad c. 6 X. de praescr. 2,26 . . . paria sunt nullam habere actionem et prorsus in efficacem habere actionem. Felinus (ad c. 6 X. cit.) bemerkt zu dieser Ausführung: per quod ampliat glossam in l. ubi pactum C. de transact. Diese Glosse gilt als eine sedes materiae für den Satz, daß exceptiones facti von Amtswegen berücksichtigt werden. Vgl. Anm. 272.

[432]) Bartolus ad l. fi. rem ratam haberi 46,8. Vgl. Anm. 396.

actio das ſpezifiſche Produkt des Entgegenſtehens einer exceptio iuris erblickte und daß man alſo durch jene „ampliatio“ die Regel eigentlich auf alle Exceptionen ausdehnte. Man ſchuf eben, wie ſo oft in jener Epoche, für den beſonderen Fall ein Prinzip, welches man im übrigen nicht weiter verwertete. Die juriſtiſche Deduktion war auch hier das ſchmiegſame Mittel zur Erreichung eines praktiſch wünſchenswerten Ziels.

Die italieniſchen Romaniſten ſchloſſen ſich den Kanoniſten in unſerer Frage nicht an, ſondern hielten dauernd an der Auffaſſung des Bartolus und Baldus feſt,[488]) ſo daß die deutſche Rechtswiſſenſchaft des 15. und 16. Jahrhunderts in einem Streit zwiſchen zwei feſtgeſchloſſenen Parteien Stellung zu nehmen hatte.

---

[488]) So Salicetus ad l. 3 C. de praescr. XXX an. 7,39 n. 3, der ſeine Auffaſſung als communis opinio bezeichnet. Ein Jahrhundert ſpäter: Balbus, tractatus de praescriptionibus, P. I. q. VIII. S. 29.

C. Das moderne Recht.

a) Die deutsche Verschweigung des späteren Mittelalters.

§ 15.

Es sei zunächst gestattet, einen kurzen Blick auf den Rechtszustand zu werfen, welchen das hereinflutende fremde Recht in unserer Frage auf deutschem Boden vorfand. Wie in so vielen Fällen, haben auch auf dem Gebiete der Verschweigung die zur Zeit der Volksrechte hervortretenden römischen Einflüsse nicht fortzuwirken vermocht,[434]) die fremden Formen wurden vielmehr im Verlaufe des Mittelalters auch hier allmählich abgestreift und das deutsche Rechtsgebilde tritt immer klarer hervor. So ist denn auch eine prinzipielle Ausdehnung der Verschweigung auf sämtliche subjektiven Rechte — etwa nach Analogie der römischen Verjährung — unterblieben.[435]) Die Anwendbarkeit der Verschweigung beschränkt sich vielmehr dauernd auf einzelne bestimmte Fälle[436]) und den Hauptfall bildet nach wie vor die Verschweigung des dinglich Berechtigten, vor allem des Eigentümers, gegenüber demjenigen Grundstücksbesitzer, welcher — nach der Ausdrucksweise der sächsischen Quellen — die rechte Gewere erworben hat. Dabei begegnet uns bekanntlich fast überall die deutsche Frist von Jahr und Tag,

---

[434]) Vgl. zum Folgenden Unterholzner, Verjährung § 22; Albrecht, Gewere § 13; Laband, Vermögensrechtl. Klagen § 37, 38 und passim; Heusler, Gewere § 17; Fokema-Andreae, in der Z. f. R.G. (Sav.-Stift.) Bd. 14 S. 75 ff.; Brunner, Forschungen Nr. XV.; Stobbe, D. Pr.R. I. § 68 III., II. § 74; Zöpfl, D. R.Gsch. § 107; Schulte, D. R. u. R.G.[6] § 143; Planck, Ger.-Verf. bes. § 73; Kraut, Grdr. § 80.

[435]) Vgl. Stobbe I. § 68; Heusler, Inst. I. S. 57.

[436]) Aufgezählt bei Stobbe, l. c. — Insbesondere kommt eine Verschweigung an persönlichen Forderungsrechten nur selten vor.

während die römische dreißigjährige Frist durchaus in den Hintergrund tritt.[437])

Von den zahlreichen Fragen, welche in der Lehre von der Verschweigung gewöhnlich erörtert werden, interessiert uns hier zunächst nur diejenige nach den Rechtsfolgen der Verschweigung, insbesondere nach den Wirkungen der rechten Gewere. Wenn Brunner[438]) in dieser Beziehung eine Scheidung zwischen sächsischem und fränkischem Recht fordert, so ist dies Verlangen durchaus berechtigt. Nach fränkischem Recht — um mit diesem zu beginnen — gilt der Satz, daß sich der Beklagte gegenüber einem Kläger, der sich erwiesenermaßen an seinem Rechte verschwiegen hat, der Antwort gänzlich wehren darf. Wir finden hier ganz denselben Rechtszustand wie im jüngeren Langobardenrecht. Brunner hat zum Belege hierfür zahlreiche holländische Rechtsquellen aus ehemals salfränkischen Gebieten herangezogen;[439]) er hat auch auf ein Urteil des Pariser Parlaments von 1260 aufmerksam gemacht, wo der Beklagte erklärt, „quod non tenebatur respondere, quia tam ipse quam pater suus . . . in pace tenuerunt premissa omnia per XXX annos.[440]) Es mag hierzu noch an das Recht der alten Frankenstadt Speyer erinnert werden, in deren von Friedrich I. a. 1182 bestätigtem Statut es heißt:[441])

---

[437]) Ihr wichtigster Anwendungsfall ist die dreißigjährige Verschweigung des Erben an Erbgrundstücken (Sachssp. L. 29 und Gl. I. 70); vgl. Laband, Klagen S. 373.

[438]) Brunner, Forschungen Nr. XV. Vgl. auch Schröder, R.G. S. 672.

[439]) Handfeste von Haarlem 1245 (Groot Charterboek I. p. 222): si quis patrimonium vel hereditatem alterius mercatus fuerit et sub testimonio scabinorum sine reclamatione per annum et diem et amplius possederit, possessor ipsius patrimonii vel hereditatis nulli post dictum terminum respondebit et si impetitur non tenebitur respondere. Ferner: Handfeste von Delft 1246 (eod. p. 231); Handfeste von Alkmaar 1254 (eod. p. 285); Medenblick 1288 (eod. p. 481) ꝛc. Auch in den Dingtalen von Delft wird man mit Brunner (l. c. und R.G. II. § 99 Anm. 1) trotz des Widerspruchs Fokema-Andreae's, l. c. den gleichen Rechtsgrundsatz ausgedrückt finden dürfen.

[440]) Olim I. 502 Nr. 28; vgl. auch Olim III. 556 Nr. 52 (Ed. Beugnot).

[441]) § 11, Gengler, Stadt-R. S. 452. Vgl. Laband, Klagen S. 314. Ein wörtlich übereinstimmender Satz findet sich schon im Privileg Heinrichs V. für Speyer von 1111 (Kraut § 80 n. 8).

Si quis curtem aut domum per annum et diem sine contradictione possederit, nulli hoc interim scienti ultra respondeat.

Man kann aber den Satz des fränkischen Rechts überhaupt als den allgemein-deutschen betrachten, dem gegenüber die gleich zu erwähnende sächsische Rechtsgestaltung als partikulare Besonderheit erscheint. Das beweisen die Rechte der verschiedensten außersächsischen[442]) Gebiete. So sagt das wichtige Augsburger Stadtrecht von 1104 (bez. 1156:)[443])

Et haec est urbana justicia: si quis curtile annum et diem sine contradictione possederit, quod de cetero nullius impeticioni respondeat, nisi hoc impetitor probaverit, quod causa hostilis necessitatis vel inopiae absens proclamare non potuerit, vel quod nondum annos discretionis habuerit;

und dementsprechend das Statut derselben Stadt von 1276 Art. 109:[444])

Ist daz ein man ein gut hat, daz ein aigen ist, jar und tak an rehte widersprache, — so soll er damit furbaz geruet sin.

Ähnlich heißt es in der Berner Handfeste von 1218:[445])

Omnia bona, in allodiis et aliis rebus, que burgensis diem et annum in quieta habuit possessione, de his non tenetur postmodum aliter respondere, nisi is, qui eum impetierit, probare possit, se in terra et patria non fuisse.[446])

---

[442]) Auch das — in der Lehre von der rechten Gewere vielfach vom gemeinen Sachsenrecht abweichende (vgl. Laband, Klagen S. 342) — St.R. von Freiberg (V. 28) folgt dem fränkischen Prinzip. Vgl. Brunner, Forschungen S. 744.

[443]) Gaupp, Deutsche Stadtrechte II. S. 204. Art. IV. § 1.

[444]) Art. 109 Kraut. § 80 n. 20.

[445]) Gaupp II. S. 49. — Vgl. auch die Handfeste von Freiburg im Uechtland § 54 (Gaupp II, S. 93), von Burgdorf a. 1316 § 75 (Gaupp II. S. 127), das Murtner Stadtrodel § 21 (Gaupp II. S. 156).

[446]) Hierher sind noch die zahlreichen Schweizerischen Weistümer zu rechnen, in denen es von dem Beklagten, der ein Grundstück 3 Jahre unangefochten besessen hat, heißt: den sol ein her zu Grüningen und ein gewer dabei halten

In Tirol sagt entsprechend das Innsbrucker Stadtrecht von 1239:[447])

> si quis in possessione libera rerum aliquarum per annum unum et per unum diem quietus sine infestatione permanserit: si actor in terra vel in civitate eodem tempore fuit, possessor et in hac parte sine infestatione manebit;

und der Rechtsbrief Friedrichs des Schönen von Oesterreich für St. Veit[448]) bestimmt:

> Swaz ouch ein man in dem statfrid iar und tag aigens hat unversprochenlich, daz sol er furpaz haben geruet.

Aus Baiern gehört hierher das Regensburger Recht von 1230, welches unter Verwendung der 10jährigen römischen Frist bestimmt:[449])

> Item quicunque domos, vineas, areas, curias vel alias possessiones, infra terminos pacis Ratisbonensis sine impetitione possederit decem annis, et postea super illis fuerit impetitus, si quietam possessionem septima manu probabit, in pace res ipsas postea possidebit.

ferner die Bestimmung des Münchener Stadtrechts[450]) von 1347:

> Swer umb aigen wirt angesprochen, des er jar und tag bey nutz und gewer gesezzen ist und daz bereden mag, der sol fürbaz sein aigen an alle ansprach haben;

und ein ähnlicher Satz aus dem Rechtsbuch Ludwigs des Baiern

---

und schirmen (Öffnung von Binzikon, Grimm Ws. IV. S. 271 nº 4), oder den sol denn auch gericht und gwer dabi schirmen. (Ws. von Magdenau § 18, Grimm V. S. 189). Vgl. auch Ws. von Obernzwil, Gr. V. S. 193; von Erlenbach, Gr. IV. S. 355 nº 6, von Basserstorpf, Gr. IV. S. 283 nº 19.

[447]) § 14, Gaupp II. S. 255; vgl. Merkel, Das Firmare des bairischen Volksrechts, Z. f. R.G. II. S. 163.

[448]) Gengler, St.R. S. 411 (§ 6).

[449]) Gaupp I. S. 169 (c. 7).

[450]) Kraut § 80 n. 19. Schon der Rechtsbrief Rudolfs I. für München vom 19. Juni 1294 sagt § 16 (Gengler, S. 295): Swelich man och ein aigen in dirre Stat hat gewunen, und daz hat gehabt in stiller gewer jar und tack, an ansprache, den mack darumb fürbaz niemen angesprechen.

von 1346.[451]) Denselben Standpunkt vertritt auch ein Urteil des baierischen Hofgerichts von 1319,[452]) wo es heißt:

> daz es (sc. ein goteshaus) Jar und Tach und sechs Wochen in Nutz und Gewer (sc. sogtaner gute) solt sein und furbaz dann ane alle ansprache belibe;

und eine Reichshoffentenz vom 5. August 1299[453]) spricht aus, daß dem Lehnsherrn, welcher das Lehn nach erblosem Tode des Vasallen eingezogen und hierauf Jahr und Tag besessen hat,

> dicta possessio suffragatur et impetenti ipsum nulla omnio actio imposterum competit in eisdem (sc. feodis). —

Im Gegensatz zu allen diesen Rechten befreit im Gebiete des sächsischen Rechts die Verschweigung des Gegners bekanntlich nicht von der Antwortspflicht, sondern verleiht regelmäßig dem Beklagten nur den Vorzug, seinen Rechtserwerb mit einfachem Eid, sola manu, bekräftigen zu dürfen, so daß er der Benennung des Geweren bezw. des Unschuldseides mit Eidhelfern überhoben wird. Possessor tactis reliquiis sola manu obtinebit, verordnet das Soester Recht von 1120[454]) und das Rechtsbuch nach Distinktionen sagt von dem durch Jahr und Tag unangesprochen besessenen Gute: das behilt her mit sines eyns hand uf deme stabe.[455]) Etwas modifiziert liegt derselbe Gedanke z. B. auch dem bekannten Satz des Hamburgischen Rechts[456]) zu Grunde, wonach gegenüber der Klage um Gut, welches über See und Sand gekommen und in der Stadt

---

[451]) c. 184: swelhes chloster oder gotzhaus seins selgeraetz in nuczlicher gewer seczt jar und tag und sechs wochen an alle recht ansprach, daz sol fürbaz dezselben selgeraetz mit ruo siczen freilich vor aller ansprache; bei Zöpfl, R.G. III. § 107 Anm. 6e.

[452]) Mon. Boic. IX. 142 no 52; vgl. Zöpfl, l. c. — Vgl. auch das Kayserrecht (Ed. Endemann). II 109.

[453]) Mon. L. L. II. S. 472.

[454]) Kraut § 80 n. 25.

[455]) R.B. nach Dist. (Ortloff) I. 43 d. 2; vgl. Ssp. Lehnr. 13 § 1: . . . of die man die rechten geweren dar an getügen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he al ene uppe'n hilgen unde behalt dat gut ane getüch. Vgl. Heusler, Gewere S. 248 und Laband, Klagen § 38, sowie die dort beigebrachten reichen Belege und Ausführungen.

[456]) Hamb. Stat. v. 1270 VII. 9 bei Kraut § 80 n. 55. Vgl. Albrecht, Gewere S. 123.

seit Jahr und Tag unangefochten sich befunden hat, der beklagte Besitzer seine Unschuld selbdritt beschwört.

Nicht immer beschränkt sich indessen die Wirkung der Verschweigung nach sächsischem Recht auf eine Erleichterung des Unschuldsbeweises, gelegentlich kommt es vielmehr auch hier zur Antwortsverweigerung. So überhebt die 30jährige Verschweigung des Erben an Erbgrundstücken, welche von der Doktrin allmählich auf alle Streitigkeiten um Grundstücke ausgedehnt wurde,[457]) den Beklagten der Antwortspflicht gänzlich.

> Jor unde Tagk ist eyn jar unde sechs wochen unde dry tage. Obir drisig iar unde tag steth zcu gewin unde vorlust, den dy anewartunge haben zcu erblichene gute, ab sy in de czith nicht in daz land komen,

sagt das Rechtsbuch nach Distinktionen[458]) und im Richtsteig Landrechts[459]) beantragt demgemäß der Beklagte:

> her richter, ic bidde ens ordels, na deme dat ic dat eigen hebbe beseten drittich jar ane weddersprake, oft ic dar nu iemande umme antwerden dorve. —

Nach alledem sind wir zu der Annahme genötigt, daß im deutschen Recht auch des späteren Mittelalters derjenige, dessen Rechtsstellung durch die Verschweigung seines Gegners gebessert ist, im Rechtsstreit die betreffenden Vorteile ausdrücklich für sich in Anspruch nehmen muß, wenn sie ihm zu Gute kommen sollen. Dies ergiebt sich schon aus dem bei der Besprechung des langobardischen Rechts Gesagten. Denn wie einerseits in denjenigen der eben erörterten Fälle, in welchen die Verschweigung den Beklagten von der Antwortspflicht befreit, die Gestaltung des jüngeren langobardischen Rechts sich wiederholt, so stimmt andererseits die sächsische Verschweigung, soweit sie dem Beklagten den Unschuldsbeweis nur erleichtert, mit der älteren langobardischen Verschweigung in der Wirkung durchaus überein. Bei der prinzipiell gleichartigen Struktur des gerichtlichen Verfahrens aller germanischen

---

[457]) Vgl. Stobbe, Pr.R. I. § 68 Nr. III. 10; Laband, Klagen S. 373.

[458]) (Ortloff) I. 34 d. 1.

[459]) c. 23 § 7. Die Bitte wird dort abgelehnt, weil der Beklagte nicht lange genug besessen hat.

Rechte muß daher das, was im langobardischen Recht über die prozessualische Behandlung der Verschweigung gilt, auch für die uns hier beschäftigenden Rechtsgebiete Geltung haben.

Zudem bieten wenigstens die sächsischen Quellen auch positive Belege für die Richtigkeit unserer Auffassung; im sächsischen Prozeß hängt stets die Berücksichtigung der Verschweigung von einer vorangegangenen Urteilsbitte ab, mag die Verschweigung eine Befreiung von der Antwortspflicht herbeiführen oder nur eine Erleichterung dieser Pflicht bewirken. Im ersteren Fall beantragt der Beklagte, ihn durch Urteil von der Antwort zu entbinden. Dies ergiebt sich aus der soeben citierten Stelle des Richtsteigs L.R.,[460]) es wird bestätigt auch durch eine Gerichtsformel des Theoderich von Bocksdorff,[461]) wo dem Beklagten geraten wird:

> Si tibi competat praescripcio, tunc sic ponas excepcionem: . . . Und bitte, usz zcu sprechene das recht: Sintemal ich habe besessen das obgenannte husz und das gehat in rechter gewer an alle rechte ansprache, jar und tag, abir jar und tag und so her XXX jar unvorruckt noch enander (das ich wol volkomen kan, ap, wan und wie recht ist): ap ich nu icht neher sie, mit sulcher gewer . . . by mynem vorgnanten husz zcu blibene und das zcu behaldene . . . und sulle darumb vorder antwert zcu thune losz geteylt werden von rechte.

Verschafft dagegen die Verschweigung des Gegners dem Beklagten nur eine Vereinfachung seines Unschuldsbeweises, so bedarf es der Bitte um ein entsprechend günstiges Beweisurteil. Dies lehrt z. B. die folgende Stelle des Richtsteigs Landrechts,[462]) wo es heißt:

> . . . so bidde desses ordels: na deme dat tu desses gudes enen bekanden heren hefst, de is di na siner lenware gewert heft jar unde dach, oft du is icht neger tu beholdende sist, wen is en ander di af tu winnende, de der were darvet. Dat vintme.

---

[460]) c. 23 § 7.

[461]) Ed. Böhlau IX. 4 (Z. f. R.G. I. S. 448).

[462]) R.L.R. 21 § 4; vgl. auch ebenda 27 § 2, 20a § 2. Über die vom Rechte des Sachsenspiegels etwas abweichende Wirkung, welche der Richtsteig der rechten Gewere beilegt, vgl. Homeyer, Richtsteig S. 494 (§ 23).

Ähnlich wendet sich in einer Bocksdorff'schen Responsionsformel[463]) der Beklagte ans Gericht:

> und (ich) bitte usz zcu sprechene das recht: Sintemal das ich das obgenannte husz gekoufft habe . . . und habe dor noch das besessen jar und tag und lenger ane ymandis rechte ansprache, das ich wol volkomen kan wie recht ist: ap ich icht nu neher sye mit sulcher gewer und ankumfft . . by minem gekoufften gute zcu bliben . . . —

Unter diesen Umständen mußte die Theorie der italienischen Romanisten, daß die praescriptio eine exceptio juris sei, in Deutschland einen fruchtbaren Boden finden, um so mehr als die Kontinuität der Rechtsentwicklung gerade bei der Rezeption der römischen Verjährungslehre durchaus gewahrt blieb. Denn das neue Institut trat nicht neben die deutsche Verschweigung, so daß diese, wie manches andere deutsche Rechtsgebilde, mit der Zeit in Vergessenheit geraten wäre, sondern es fand allmählich ein Satz der römischen Lehre nach dem andern auf die Verschweigung Anwendung,[464]) bis diese in der praescriptio gänzlich aufgegangen war.[465]) Es ist daher sehr begreiflich, wenn uns aus dem Kreise der Halbgelehrten des 16. Jahrhunderts die Meinung entgegentritt:

> Der Besitz oder Verjährunge ist nichts werthe, Sie werde dann von dem Innehabenden vorgewandt.[466])

---

[463]) (Ed. Böhlau) XII. 1 § 3. — Ganz ebenso sagt der Beklagte in einem Magdeburger Schöffenurteil (Wasserschleben IV. 67 S. 215 u.): Ouch so hat sich die frawe der guter ny vorczegin . . . unde sie die guter yn eren nuczlichen geweren besessen hat manch jar und tag an alle ansproche ... und die frawe spricht zu der sune neyn. Bitte ich eynen rechten zcu irfarne: ab die frawe nu icht nehir und mit merem rechte bey erem neyn und bey eren erbin und gutern bleyben sullen etc.

[464]) Vgl. hierfür Schwabenspiegel (Lassberg) 56.

[465]) Am längsten erhielten sich Spuren in Sachsen. Vgl. G. A. Struve, Jurisprudentia Roman.-Germ. for. (Jena 1685) II. tit. IX. nº 24 ff.

[466]) Joh. Gvörner, Tractatus exceptionum juris forensium. Ein sehr nützlicher Traktat von gerichtlichen Außzögen, Schutz- und Gegenwehren, Frankfurt a. M. 1597, cap. 25 n. 26.

b) Die ältere romanistische Doktrin und Praxis.

§ 16.

Übereinstimmend von Romanisten und Kanonisten gelehrt und auf germanischen Anschauungen basierend, fand die allgemeine Exceptionstheorie der Italiener seit dem 16. Jahrhundert in Deutschland bei Doktrin und Praxis bereitwillige und dauernde Aufnahme.[467]) Man unterschied auch hier zwischen exceptiones facti und juris, und verlangte das Vorschützen der letzteren im Prozeß.[468]) Im Gefolge der allgemeinen Theorie drangen dabei natürlich auch alle die Streitfragen der Italiener über die Zugehörigkeit der einzelnen Verteidigungsmittel zu der einen oder andern Klasse von Exceptionen in das deutsche Rechtsleben mit ein und vermehrten sich dauernd. Bei dem Mangel fester Anhaltspunkte in den Quellen zog man eben den Kreis der exceptiones juris bald enger bald weiter.[469]) Auch die Reichsgesetzgebung, so

---

[467]) Vgl. Albrecht, Exceptionen § 20 ff. — Auch die französischen Praktiker (Rebuffus von Montpellier, Exceptionum Declaratio n.o 3; Nic. Boerius, Dec. Aur. no 344; Guido Papa, Dec. Gratianop. no 221) und Dogmatiker (Donellus, De jur. civil. lib. 22 c. 1) des 15. und 16. Jahrhunderts vertraten sie, während der Historiker Cuiaz (Paratitla in Dig. lib. XLIV. t. 1 de excep.) sie stillschweigend für das geltende Recht verwarf. Vgl. auch Knappe, Exceptionen S. 85.

[468]) Oldendorpp, Enchiridion exceptionum (Ed. 1564) p. 9v n.o XI.; Wesenbeck ad Schneidewini Inst. tit. de except. no 8; Zanger, de except. III. 23; Brunnemann, Comment. in Pand. ad l. 2 D. 44,1; Lauterbach, Colleg. Pand. l. 44 tit. 2 § 2; Grass, Collation. jur. civ. X. § 1 (Ed. 1723 p. 470 ff.); H. Hahn, de exceptionibus § 25 (Ed. 1724 p. 28); J. H. Böhmer, Exercit. ad Pand. Nr. 35 ad 5,1 D., cap. IV. § 11 f. — Vgl. auch die Litteratur bei Albrecht, Exceptionen S. 124 Anm. 10, S. 117. Als Grund für die prozessualische Behandlung der exceptiones juris führt man jetzt gelegentlich (vgl. Grass, l. c.) die bekannten Axiome des gemeinen Prozesses an: iudex non imploratus non impertit officium suum, iudex ultra petita judicandi potestatem non habeat. Über das Unberechtigte dieser Argumentation auf dem Gebiete des gemeinen Prozesses vgl. Muther, Zur Revision der Geschichte ꝛc. Kr.V.J.Schr. IX. S. 329 ff. Über die Form der Proponierung sagt Wesenbeck, l. c.: hodie proponitur exceptio sine certa forma, vel proposita nuda facti narratione, unde ius exceptionis resultet.

[469]) Vgl. z. B. Zanger, l. c.; Zaunschliffer, de offic. jud. suppl. P. II. concl. 11 § 2 ff.; Böhmer, l. c.

sehr sie sonst auf prozessualischem Gebiete sich regte, hat keine Abhülfe geschaffen, sie nahm vielmehr auf die ganze Unterscheidung keine Rücksicht[470]) und überließ es der Praxis, sich mit den Kontroversen abzufinden.

Unter diesen wird jetzt meist unsere Frage nach der prozessualischen Behandlung der Verjährung in erster Linie genannt. Trotzdem bestand gerade hier ein eigentlicher Streit nicht, sondern es hat nahezu 300 Jahre lang in Deutschland der Satz so gut wie unbestritten gegolten, daß der Richter den Einwand der Verjährung, als exceptio facti, von Amtswegen zu beachten, oder, wie man meist sagte, zu supplieren hat. Es ist also nicht die Theorie der Romanisten, sondern die der Kanonisten rezipiert worden.

So befremdlich diese Thatsache im Hinblick auf den deutschen Rechtszustand vor der Rezeption zunächst erscheinen mag, so findet sie doch — um dies vorweg zu nehmen — im Zusammenhange der ganzen Rezeptionsgeschichte ihre hinreichende Erklärung. Einerseits wurden die römischen Verjährungsgrundsätze überhaupt vorwiegend in der Gestalt aufgenommen, welche ihnen die Kirche und die Kanonisten-Doktrin gegeben hatten.[471]) Ferner betrachtete man

---

[470]) Die Reichsgesetze teilten alles Vorbringen des Beklagten einfach ein in „verneinen" (antworten) und „excipieren". Vgl. R.A. von 1500 XII. § 8. — K.G.O. von 1507 t. 5 § 7. — K.G.O. von 1523 t. 3 § 4. — K.G.O. von 1555 III. t. 26, 29 ꝛc. und J.R.A. § 34, 37. Gelegentlich wurde auch bestimmt, daß irgend eine spezielle Vorschrift auf exceptiones juris und facti gleichmäßig Anwendung finden sollte; vgl. K.G.O. von 1521 XIX. 8, von 1523 III. § 4. — Vgl. Albrecht, l. c. S. 130; Knappe, l. c. S. 84.

[471]) Gerade die Betonung der bona fides durch die Kirche mag den ersten Anstoß zu der — sehr frühen Rezeption der fremden Verjährungssätze gegeben haben. Schon der in seiner Verjährungslehre stark romanisierte Schwabenspiegel hat dieses Moment (Schwsp. c. 56: . . seit im sin gewizzen, daz er reht darzu hat, so hat er ez mit rehte, seit im sin gewizzen, daz er nicht reht darzu hat, swie lange er ez danne in siner gewalt hat, so hat erz mit unrehte etc.). Aus späterer Zeit vgl. z. B. das Wildenbergische L.R. von 1592 (Maurenbrecher, Die rheinpreußischen Landrechte II. S. 419) Th. 2 c. 14 § 3: „Es gehören aber zu einer jeden rechtmäßigen Präskription vornehmlich drey Stücke: zum ersten ein aufrichtiger guter Glaub und fromm Gewissen ꝛc.". — Die Gerichts- und Landordnung der Grafschaft Solms von 1571 (Ed. 1688) II. 21 § 5: „Weiter ist zu wissen, daß zu einer jeden Präskription gehören: zum ersten bona fides, ein guter Glaub, daß ist ein gut und aufrichtig Gewissen ꝛc.". — Daß die Landordnungen der geistlichen Territorien auf demselben Standpunkt stehen, ist selbstverständlich (vgl. über das Kur-Triersche

die ganze Unterscheidung zwischen exceptiones juris und facti, da sie nur im Prozeß praktische Bedeutung gewann, offenbar als rein-prozessualische, und auch auf dem Gebiete des Prozeßrechts waren es gerade wieder die kanonistischen Normen, welche in Deutschland zur Aufnahme gelangten.[472]) Endlich sprachen für die Meinung der Kanonisten in unserer Frage die römischen Quellen.

So kam es, daß sich im 16. Jahrhundert zwei wichtige Faktoren der deutschen Rechtsentwicklung dieser Meinung anschlossen: das Reichskammergericht[473]) und die kursächsischen Konstitutionen von 1572. Eine der letzteren[474]) verordnet:

> Hierinnen ist man auch einig, ungeachtet daß diese question weitläufig disputiert wird, daß die Praescription, da sie manifeste bewiesen, oder der Richter dessen aus den Akten gewiß sein könnte, erkennt, und ex officio suppliert werde, wenn gleich die Parteien sich in den Akten darauf nicht gezogen; dabei wir es verbleiben lassen.[475])

Landrecht Maurenbrecher, l. c. II. S. 199 Anm. 185). Auch die deutsche Doktrin hat lange durch ihre berühmtesten Vertreter (Mynsinger, Mevius, Carpzow, Rittershusius, Brunnemann ꝛc.) an dem kanonischen Erfordernis der bona fides für die praescriptio actionum (und zwar auch der persönlichen) festgehalten. Vgl. Dreyer (Mencken), Diss., an requiratur bona fides in praescriptione act. pers. Alma Philyrina 1692. — Übrigens besaß die kanonische Verjährungslehre, „ein Lieblingsthema der Kanonisten", eine reiche Litteratur und hatte auch dadurch ein Übergewicht vor der romanistischen. Vgl. Stobbe, D. Pr.R. § 68 n. 31.

[472]) Wetzell, System § 3; vgl. auch Stintzing, Gesch. d. D. R.W. I. S. 27.

[473]) Vgl. Mynsinger, Sing. Obs., Cent. III. 28. Über die gleiche Praxis des Reichskammergerichts aus späterer Zeit: Grass, l. c. X. § 1 unter Berufung auf Meichsner.

[474]) P. I. c. 25.

[475]) Andere Partikulargesetzgebungen übergingen meist die Frage, z. B. die Frankfurter Reformation von 1611, II. 9 § 9, II. 3 § 8, die Solmser L.O. l. c., das Jülich-Bergisch. L.R. (Maurenbrecher, l. c. S. 208); die partikulare Praxis aber stellte den Satz auf, daß diejenige „statutaria praescriptio, quae ipso iure tollat actionem eamque deneget lapso tempore", von Amtswegen zu beachten sei (vgl. Sande, Dec. Fris. VII. 3). Hierhin rechnete man z. B. das friesische Statut (I. 15): Maer nae exspiratie van den voorschreven tiidt sulcke schulden gheacht vvoorden behorlyk gequeten, ende vor die selve en sal men gene actie hebben. Solche Wendungen finden sich aber in den meisten jener Partikularrechte; so heißt es in der Solmser L.O., l. c. § 4, daß durch die praescriptio „alle Aktiones, Anspruch und Forderungen ... gäntzlich verlöschen und untergehen" — Nachbildungen der Theodosischen Ausdrucksweise.

Hier wird die kanonistische Lehre bereits als die herrschende hingestellt, und diese Auffassung wird von gleichzeitigen Schriftstellern — wie Wesenbeck,[476]) Zanger[477]) (in seinem langezeit hochangesehenen tractatus de exceptionibus), Harpprecht,[478]) Sande[479]) — durchaus bestätigt.

Der Usus modernus des 17. Jahrhunderts blieb auf diesem Standpunkt stehen. In Sachsen vertraten ihn Berlich und Carpzov, in Süddeutschland Lauterbach, im Norden Mevius, in Brandenburg Brunnemann und Stryk.[480])

Den großen Praktikern leisteten die Kapazitäten des 18. Jahrhunderts willig Folge: Hertius, Lynker, Wernher, J. H. Böhmer, Cramer, Rave[481]) (in seinen berühmt gewordenen Principia doctrinae de Praescriptionibus), sowie in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts Strube, Claproth, die Gebrüder Overbeck[482])

---

[476]) Wesenbeck ad Schneidew. Inst., Tit. de except. nº 8.

[477]) Zanger, tractatus de except. III. 23 nº 9.

[478]) Harpprecht, in Differ. princip. solut. conject. et praescript., tit. 8, 15,21 (citiert nach Adamschöpff, de Serv. praescr.).

[479]) Sande, l. c., der seine eigene Meinung allerdings dahingestellt sein läßt.

[480]) Berlich, Concl. Practicabiles I. concl. 58. — B. Carpzov, Jurisprudentia forensis Rom.-Sax. I. 25. — Lauterbach, Colleg. Pand., 44,3 §§ 19, 20. — Mevius, Decisiones (Ed. 1675) VII. 182, VIII. 419. — Brunnemann, Comment. in Pand. ad l. 13 D. 14,3 nº 3 und ad l. 11 D. 44,3 nº 7. — Stryk, Dissertat. jurid. volum. VIII. disp. 31, cas. VII. (Ed. Frankf. 1745) und Tractatus de actionibus forensib. (Halle-Magd. 1698) Sect. III. Ingressus. Vgl. ferner Grass, l. c.; Zaunschliffer, l. c. II. 11 § 4 nº 1 (lehrte in Marburg); Adamschöpff, de servitutum praescriptione extinctiva (Tub. 1716) c. IV. § 1. Petr. Gilken, Tractat. de usucap. et div. temp. praescr. (Würzb. 1602) P. I. cap. IV. n. 37.

[481]) Hertius, Consil. et Respons. II. 76 u. 287. — Lynker, Consultationes jur. II. resp. 122. — Wernher, Select. obs, for. tom. I. p. I. resp. 294. — Böhmer, Exerc. ad Pand. l. c. § 12 (Ed. 1747, II. p. 682). — Cramer, Observ. jur. univers. (ex praxi supremorum imperii tribunalium) III. 982, Med. II. sect. II. q. 3 (Ed. Ulm 1763 p. 803). — Rave, principia universae doctrinae de praescr. Jen. 1746, § 166). — Hierher gehört auch Hommel, Rhapsodia quaestionum (Baruth. 1749) II. obs. 277, der von Späteren, wie Glück, Pand. III² (1806) § 257 n. 86 als Vertreter der entgegengesetzten Meinung aufgeführt wird, wohl weil er die Regel für den — praktisch allerdings wichtigsten — Fall der Kontumaz ausschloß.

[482]) D. G. Strube, Rechtliche Bedenken (erschienen 1760—1777); Ed. Spangenberg, Han. 1827, Bed. 255 (IV. 73) § 1. — Claproth, Einleitung

stimmen hierin überein. Nirgends findet sich ein nennenswerter Widerspruch gegen die herrschende Meinung.[483])

Wenn man trotzdem die Frage dauernd als Streitfrage betrachtete, so findet dies seine Erklärung in dem unheimlichen Gefühl, welches die damalige Jurisprudenz stets beschlich, sobald sie sich mit Bartolus und seinen italienischen Anhängern in Widerspruch befand. Doch ist es nicht allein die Schulautorität des Bartolus, die sich hier wirksam zeigt, sondern es gewinnt hier gewiß auch das tiefer liegende Moment Bedeutung, daß die Auffassung des Bartolus mit der Anschauungsweise des heimischen deutschen Rechts im Einklang stand. So kam es, daß ein Mann wie Stryk nur widerwillig der herrschenden Ansicht sich beugte.[484])

Man behandelte dabei die Frage stets für die praescriptio im allgemeinen, die man von Anbeginn — offenbar ebenfalls unter dem Einfluß kanonistischer Ideen[485]) — als durchaus einheitliches Institut betrachtete und jetzt regelmäßig in praescriptio acquisitiva und extinctiva gliederte. Zu dieser letzteren Art rechnete man schon jetzt außer der praescriptio actionum den Untergang der Servituten durch nonusus, so daß auch dieser unter die allgemeine Regel fiel.[486])

Die Regel wurde meist dahin formuliert: praescriptionis exceptionem judex ex officio supplet, si modo ex actis manifeste apparet. Die Begründung war ziemlich dürftig. Anfangs begnügte man sich meist mit einer einfachen Verweisung auf die Kanonisten,[487]) ohne daß übrigens deren eigentümliche Konstruktionsversuche[488]) jemals Beifall gefunden hätten. Später fügte man gewöhnlich einen Hinweis auf das Theodosische Verjährungsgesetz hinzu (c. 3 C. 7,39) und legte dabei wohl stets das Hauptgewicht auf den in

---

in den ord. bürg. Prozeß (1. Aufl. 1779) § 134 no 7 (Ed. 1817). — Gebr. Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. IV. Med. 258.

[483]) Einen Angriff versuchte eine Leipziger Dissertation von Heber (Leisten) De eo quod interest etc. a. 1700 (in dem Sammelwerk: Zangeri aliorumque . . de except. . . opuscula, Nr. 5) I. § 7, ohne Beachtung zu finden.

[484]) Stryk (Diss. cit. VIII. 31) bezeichnet die Ansicht seiner Gegner als opinio veritati magis consentanea.

[485]) Vgl. oben bei Anm. 415.

[486]) Darüber eingehend Adamschöpff, l. c.

[487]) So z. B. Mynsinger, Sande, Zanger, l. l. c. c.

[488]) Vgl. o. § 14 a. E. Erwähnt wird dieser Punkt noch von Berlich, l. c.

diesem Gesetz zum Ausdruck gelangenden Zweck der Verjährung: praescriptio utilitatis publicae et litium finiendarum causa introducta.[489]) Dieser Gedanke entsprach zu sehr dem Geiste der ganzen Periode, um nicht Einfluß zu gewinnen.

Nicht selten wird übrigens bei der Erörterung unseres Satzes das von dem Franzosen Boerius[490]) erhobene Bedenken gestreift, ob der Richter die praescriptio von Amtswegen berücksichtigen müsse oder nur dürfe. Bereits Wesenbeck entschied mit Recht im ersteren Sinne und die Späteren sind ihm gefolgt.[491])

Daß die Praxis in unserer Frage mit der Theorie völlig übereinstimmte, ist bei dem Verhältnis der beiden während der ganzen Epoche nahezu selbstverständlich[492]) und wird auch durch die zahlreich erhaltenen Erkenntnisse[493]) bestätigt. Gerade aus der Praxis ist offenbar die Kanonistenmeinung in die deutsche Doktrin gelangt. Einen Zweifel[494]) rief bei der Anwendung des Satzes nur die sog. Illiquidität des Verjährungseinwandes hervor: man betonte, — wie noch heute — daß der Thatbestand der praescriptio

---

[489]) Rave, l. c. § 166. Er fährt fort: actiones quoque, quibus praescriptio obstat, extinctae dicantur (l. 3 C. 7,39), et procul dubio sopitae (l. 4 cit.); extinctae autem actiones a judice ex officio detrectari possunt, cum citra actionem nemo in judicio experiri possit.

[490]) Boerius, Dec. aur. 344 n. 8 hatte allerdings in anderem Sinne hiervon gesprochen; er sagt nämlich: ita est communis, quod exceptio praescriptionis est semper opponenda per jura allegata: nisi dicamus judicem ex se hoc facere posse, alias non tenetur, si non velit, parte non opponente.

[491]) Vgl. z. B. Berlich, Carpzov, Zaunschliffer, Cramer, l. l. c. c.

[492]) Vgl. auch Mevius, l. c. VII. 182: Ita communis et in praxi forensi recepta J. Ctorum opinio. — Stryk, Tractatus de act., l. c.: practici ad unum omnes asserunt. — Daß die sächsischen Gerichte auch bei außersächsischen Sachen die Regel in Anwendung bringen, bemerkt Wernher, l. c.

[493]) Friesisches Urteil bei Sande, l. c. vom 25. II. 1606; Urteile vom 10. I. und 14. II. 1607 bei Klock, Consilia (Nürnberg 1673) III. 120; Leipziger Urteil bei Carpzov, l. c. von 1623; Urteile des Hohen Tribunals zu Wismar vom 16. IV. 1659 bei Mevius VII. 182 und eod. l. VIII. 419; Urteile der Gießener Fakultät vom 8. IV. 1698 u. 13. XII. 1706 (bei Hertius, l. c.); Urteil bei Cramer, l. c. von 1749, bei Lynker u. Wernher, l. l. c. c. ohne Datum; Kasseler Urteile von 1761, 1775, 1792 bei Pfeiffer, Praktische Ausführungen I. 2; Präjudizien des Preuß. Hofgerichts, vgl. unten bei Anm. 538.

[494]) Besonders genährt von Brunnemann, l. c. 11 D. 44,1 und l. 13 D. 14,3.

niemals ex actis manifeste sich ergeben könne, weil stets die Möglichkeit vorliege, daß die Vollendung der Verjährung durch irgend einen nicht sofort erkennbaren Umstand — mala fides superveniens oder einen beliebigen Unterbrechungsgrund — ausgeschlossen sei. Während Lauterbach demgegenüber die sorgfältige Anwendung des richterlichen Fragerechts empfohlen hatte,[495]) riet Stryk,[496]) im Urteil dem Gegner seine event. Rechte vorzubehalten und etwa so zu erkennen:

> Daß Beklagter wegen der bereits erfüllten Verjährung von angestellter Klage zu absolvieren, es könnte denn Kläger, daß Beklagter vor Ablauff der 30 Jahre gebührend gemahnet oder sonst in mala fide gewesen, wie recht beweisen.

Diesem Rat ist die Praxis gefolgt.[497]) — So war der Satz der Kanonisten bis zum Anfang dieses Jahrhunderts in Deutschland geltendes Recht.

c) Das moderne gemeine Recht.

§ 17.

Gleich zu Anfang des 19. Jahrhunderts begann die bis dahin in unserer Frage herrschende Ansicht ihre einflußreiche Stellung zu verlieren. Der Satz, daß die exceptiones juris vom Richter nur auf besonderes Parteiverlangen zu berücksichtigen seien, hatte sich dauernd erhalten, und zwar wurde er von der allmählich zu selbständiger Bedeutung gelangenden Prozeßrechtswissenschaft als prozessualischer reklamiert:[498]) man suchte ihn durch Hinweis auf die jetzt sogenannte „Verhandlungsmaxime" zu begründen.[499]) Die

---

[495]) Lauterbach, l. c. § 20: Attamen iudex perquam caute inquirat, annon forsan mala fides cursum Praescriptionis impediret? vel an plane liquidum sit, actionem ipso iure sublatam esse.

[496]) Stryk in beiden cit. Diss.

[497]) Vergl. z. B. das Urteil von 1703 bei Hertius, l. c.

[498]) Vgl. besonders v. Gönner, Handbuch des gem. Prozesses (1. Aufl. 1801) 2. Aufl. 1804 Bd. I. 10 § 13. Die Ausdrücke exceptio juris und facti kommen jetzt allmählich ab; an die Stelle des ersteren tritt jetzt die Bezeichnung „eigentliche Exceptio".

[499]) Schon lange vor Gönner hatte man ähnliches versucht. Vgl. Anm. 468 a. E. und Wernher, Select. obs. I. 1 n. 294.

Beantwortung der Frage, welche Verteidigungsmittel eigentlich zu den exceptiones im engeren Sinne gehörten, war aber immer schwieriger geworden, weil im Verlaufe des 18. Jahrhunderts die Verwirrung der Exceptionstheorie den höchsten Grad erreicht hatte.[500]) Man richtete daher bei der Klassifizierung der einzelnen Verteidigungsmittel den Blick wieder mehr auf die römischen Quellen, und hierbei gewann in unserer Frage der Gedanke die Oberhand, daß die praescriptio actionum Justinians doch schon durch ihren Namen als eigentliche römische exceptio sich ausweise.

Bereits Weber[501]) hatte dies betont, zunächst um daraus das Zurückbleiben einer obligatio naturalis nach vollendeter Verjährung zu deduzieren. Gönner knüpfte hieran an und verlangte in seinem — vielfach bahnbrechenden — Prozeßhandbuch[502]) das Vorschützen der Verjährung im Prozeß. Er fand alsbald zahlreiche Anhänger.[503]) Man berief sich dabei nicht nur auf die römischen Quellen, sondern holte auch das alte Argument von der Illiquidität des Verjährungseinwandes wieder hervor. Den eigentlichen Kern

---

[500]) Die Verwirrung war besonders dadurch gestiegen, daß man noch immer neue Begriffsbestimmungen der exceptio iuris suchte. So definiert das Corp. Jur. Frid. (I. Buch von der Proz.-Ordn.) von 1781 IV. Tit. V. 15 (16): „Eine fernere Haupteinteilung der Einwendungen entsteht, wenn darauf gesehen wird, ob solche in einem Rechtssatz oder einer Thatsache bestehen. Ersterenfalls sind solche exceptiones iuris, letzterenfalls exceptiones facti". Vgl. Heffter, C.Pr. im Gb. des A.L.R. § 110. Charakteristisch für den ganzen Zustand der Theorie sind z. B. die Ausführungen bei Claproth, Einleitung in den ord. Proz. (1. Aufl. 1779) § 134. Vgl. über die verschiedenen Ansichten auch Albrecht, Exceptionen S. 171.

[501]) A. D. Weber, Syst. Entw. d. L. v. d. nat. Verbindlichkeit (1. Aufl. 1784, 4. 1804) § 92.

[502]) Gönner, l. c.

[503]) Aus der Zeit vor Savignys System kommen besonders in Betracht: Glück, Erläut. d. Pand. III.[2] (1806) § 257 S. 515; Hagemann, Prakt. Erörterungen I. Nr. 74 S. 332 und VII. Nr. 4 S. 10 (1824); Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen II. (1827) Nr. V. n. 3; Krüll, Arch. f. d. civ. Praxis I. (1829) S. 406 und Lotz ebenda S. 416; Spangenberg bei Strube, Rechtl. Bedenken (1824) Bed. 255 § 1 Anm. b; Linde, Lehrbuch des deutsch. gem. Proz. (1825[1], 1838[5]) § 160; Bayer, Vortr. üb. d. gem. C.Pr. (1835) S. 260; Linde, Ztschr. f. Civ. u. Proz. II. (1829) S. 191; Unterholzner, Verjährungslehre (1828[1], 1858[2]) I. § 138.

der Argumentation aber bildete alsbald ein Gedanke, den Gönner[504]) bereits berührt hatte: der Hinweis auf die Disponibilität der Verjährungswirkungen. Die ältere Doktrin hatte entsprechend ihrer ganzen Auffassung vom Verjährungszweck einen Verzicht auf die eingetretenen Verjährungswirkungen nicht zugelassen. Zwar hatte bereits Stryk[505]) hiergegen Widerspruch erhoben, aber erst im Anfang unseres Jahrhunderts war die Verzichtbarkeit der Verjährungswirkungen von der herrschenden Meinung anerkannt worden[506]) Damit hatte man die alte Auffassung vom Verjährungszweck verlassen: man sah diesen jetzt nicht mehr vorwiegend in der Sicherung des allgemeinen Rechtsfriedens, in der Vermeidung „ewiger und inextrikabler Prozesse",[507]) sondern als Hauptzweck erschien jetzt die Sicherung der Rechtslage des Einzelnen, eine Auffassung, welcher bereits durch den naturrechtlichen Gedanken, daß die erlöschende Verjährung nur eine Erfüllungspräsumtion schaffe, der Boden bereitet war.[508]) So betrachtete man jetzt die Verjährung als beneficium juris, als eine besondere Vergünstigung für den Einzelnen und wendete auf sie den allgemeinen Gedanken an, daß „beneficia nicht obtrudiert werden dürften",[509]) daß man es jedem überlassen müsse, ob er von einer solchen besonderen Rechtswohlthat im Rechtsstreit Gebrauch machen wolle, weil dieselbe im konkreten Fall möglicherweise innerlich ungerechtfertigt ist, so daß die

---

[504]) l. c. S. 255, wo er bemerkt, der Beklagte lege „durch Nichtgebrauch einer Einrede hinreichend an den Tag, daß er durch sie sein Recht nicht verteidigen wolle".

[505]) Stryk, De cautelis contractuum Sect. I. cap. V. § 25, S. II. c. VIII. § 57 (Dissertat. Bd. VII. S. 29 u. 103). Noch Rave, Principia doctrinae etc. § 167 bezeichnet die Unverzichtbarkeit als communissima opinio, und zwar wirft er — wie die ältere Doktrin überhaupt — die Frage nach der Verzichtbarkeit der bereits eingetretenen Verjährungswirkungen und diejenige nach der Verzichtbarkeit der noch nicht vollendeten bezw. noch nicht begonnenen Verjährung zusammen.

[506]) Thibaut, Über Besitz u. Verjährung (1802) II. § 2; Kori, Die Theorie der Verjährung (1811) § 47; vgl. auch Lotz, l. c.; Unterholzner, l. c.; Gesterding, l. c.

[507]) Dies betont noch Heineccius-Höpfner, Instit. (1798) § 393.

[508]) Die älteren naturrechtlichen Vertreter der Präsumtionstheorie hatten sich aber — wie Raves Beispiel zeigt — durch dieselbe in ihrer Grundauffassung des Verjährungszwecks nicht beirren lassen.

[509]) Vgl. Dabelow, Über die Verjährung (1807) II. Anh. § 2.

Sittlichkeit oder der ſociale Anſtand ihre rechtliche Verwertung verbieten.[510])

Schließlich hat die Gönner'ſche Beantwortung unſerer Frage noch bei einer Reihe von Schriftſtellern Beifall gefunden, welche ausgehend von einer an ſich richtigen Würdigung der reinrömiſchen exceptio und unter Berufung auf den Sprachgebrauch des J.R.A.[511]) den Begriff der exceptio im engeren Sinne überhaupt verwarfen und nur noch einen allgemeinen Exceptionsbegriff — dem Einredebegriff unſerer heutigen C.P.O. entſprechend — anerkennen wollten. Dieſe Schriftſteller verlangten nämlich, daß alle Exceptionen in dem angegebenen weiteren Sinne nur auf beſonderes Verlangen des Beklagten vom Gericht beachtet werden ſollten[512]) und forderten in konſequenter Durchführung dieſes Prinzips auch das Vorſchützen der Verjährung.[513])

So war die Gönner'ſche Anſicht trotz manchen Widerſpruchs[514]) ſchon die herrſchende geworden, als ſie in der Savigny'ſchen Exceptionstheorie einen neuen Halt fand. Als Savigny[515]) für den römiſchen Exceptionsbegriff dauernde materiellrechtliche Geltung

---

[510]) Dieſe Deduktion wird von Unterholzner, l. c. für die Verjährung im allgemeinen, von den meiſten nur für die erlöſchende Verjährung (übrigens meiſt nur andeutungsweiſe) verwertet. Dabelow, l. c. allein will ſie gerade auf die praescriptio actionum nicht, dagegen auf die erwerbende Verjährung ſowie auf den nonusus anwenden, ſo daß er ein beſonderes Vorſchützen nur für dieſe letzteren beiden Verjährungsarten verlangt. Dieſem Reſultate nähert ſich ſonſt nur noch Kori, l. c. § 95, welcher die erlöſchende Verjährung ohne Antrag, die erwerbende nur auf Antrag berückſichtigt haben will.

[511]) Vgl. Anm. 470.

[512]) Vgl. Martin, Lehrbuch des Prozeſſes (1800[1], 1805[2]) § 93; Bayer, l. c. S. 260; Gensler, Comment. über Martins Lehrb. I. § 93. S. 166; Linde, l. c. § 158, 160 (nicht dagegen Gönner, den Albrecht [Exceptionen S. 182] und andere hierher rechnen). Nur diejenigen Einwendungen, deren Nichtbeachtung eine inſanable Nullität zur Folge gehabt haben würde, nahm man aus.

[513]) Nur Martin, l. c. hatte gerade für die Verjährung eine Ausnahme machen wollen.

[514]) In der Zeit vor Savignys Syſtem gehören hierher außer den bereits genannten Martin, Dabelow und Kori beſonders Pfeiffer, Prakt. Ausführungen I. Nr. 2 (1825) — vgl. auch VII. Nr. 2 (1844) — v. Löhr, Arch. f. d. civ. Prax. X. S. 77 ff.; vielleicht auch Zimmern, Geſch. d. röm. P.R. (1829 III. § 92.

[515]) Savigny, Syſtem V. §§ 225, 228.

in Anspruch nahm, hat er allerdings die praktische Bedeutung des Begriffs lediglich darin sehen wollen, daß ein durch exceptio außer Kraft gesetztes Recht durch nachträglichen Fortfall der exceptio — die er als selbständiges Recht des Beklagten auffaßt — „wieder zu Kräften kommen könne" und er hat ausdrücklich hervorgehoben,[516]) daß keineswegs „die römische Lehre von den Exceptionen einen unmittelbaren Einfluß auf das Prozeßrecht haben soll" und daß insbesondere durch diese Lehre die Frage nicht berührt werde, „inwiefern Exceptionen, die der Beklagte nicht vorgebracht hat, officio iudicis suppliert werden dürfen". Die spätere Exceptionstheorie — wie sie z. B. Windscheid vertritt — ist Savigny, obwohl sie sonst seinen Spuren im wesentlichen folgt, in diesem Punkte nicht treu geblieben und hat auch die Savigny'sche Definition der exceptio wieder durch die der Glossatoren ersetzt, indem sie vom „existierenden aber unwirksamen Recht" redet. Sie erblickt die Besonderheit ihrer angeblich römischen Exceptionen gegenüber anderen Verteidigungsmitteln nicht nur darin, daß die ersteren nachträglich — besonders durch Verzicht — wieder fortfallen können, sondern außerdem gerade darin, daß dieselben nur auf besonderes Verlangen des Beklagten vom Richter beachtet werden dürfen.[517])

Mit Rücksicht auf die Ausdrücke exceptio annua und praescriptio in den römischen Quellen fordern daher die Anhänger dieser Theorie — ohne übrigens die aus der „Verhandlungsmaxime" sowie der Illiquidität und der Disponibilität der Verjährungswirkungen hergeleiteten Argumente aufzugeben — das Vorschützen der praescriptio actionum,[518]) während sie dem Richter offenbar

[516]) S. 185 und S. 188.

[517]) G. O. Wächter, Pandekten I. § 69, Beil. I. § 102 n. 21; Windscheid, Pand. I. § 47; Dernburg, Pand. I.[4] § 137; Unger, österr. Pr.R. II. § 125; Wächter, württemb. Pr.R. II. S. 508 ff.

[518]) Kierulff, Theorie I. S. 215; Wächter, Pand. I. § 108; Windscheid, Pand. I.[7] § 112 n. 1; Dernburg, Pand. I.[4] § 137; Roth, System d. deutsch. Privatr. I. § 87 n. VI.; Wächter, württemb. Pr.R. § 119 n. 7. Vgl. auch: Holzschuher (Kuntze), Theorie und Kasuistik Bd. I.[3] § 19 n. 5; Bopp, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 42 S. 107 f.; Demelius, Untersuchungen I., bes. S. 16 (für das heutige Recht?); Zrodlowski, Die Verjährung § 17; Heimbach sen. in Weiskes Rechtslexikon Bd. VIII. S. 673 ff. und Bd. XII. S. 543 f., die auf verschiedenem Wege zu dem gleichen Resultat gelangen; ferner Planck, Lehrbuch des C.P. §. 73, der das Erfordernis des Vorschützens lediglich aus der Verhandlungsmaxime deduziert.

gestatten, den im römischen Recht „ipso jure" zur Geltung kommenden Untergang der Servituten durch nonusus von Amtswegen zu berücksichtigen.[519])

Die herrschende Stellung dieser Ansicht scheint auch nicht durch die immer mehr zur Geltung kommende Erkenntnis der reinhistorischen Qualität des römischen Exceptionsbegriffes gefährdet. Denn keineswegs alle Schriftsteller, welche diesen den römischen Quellen gegenüber korrekten Standpunkt vertreten, gehen soweit, daß sie auch für das moderne Recht eine vollkommen gleichmäßige Behandlung aller Einwendungen verlangen.[520]) Vielmehr suchen die meisten von ihnen neben dem Begriff der Einrede im Sinne der C.P.O. einen engeren privatrechtlichen Einredebegriff zu setzen,[521]) da sie sich nicht verhehlen, daß nach moderner gemeinrechtlicher Übung gewisse Einwendungen ihre Besonderheiten haben, vor allem daß sie im Gegensatz zu andern verzichtbar sind und von den Gerichten nur auf besonderes Verlangen des Beklagten berücksichtigt werden. Den Kreis der hierher gehörigen Verteidigungsmittel hat man zwar sehr verschieden weit gezogen, aber gerade den Einwand der Verjährung hat man fast überall zu ihnen gerechnet.[522])

---

[519]) Ausdrücklich betont dies Wächter, Pand. I. § 108. Die meisten Neueren schweigen über die Frage, teilen aber wohl, soweit sie der Windscheidschen Exceptionstheorie folgen, den Standpunkt Wächters.

[520]) Wer die Lenel'sche Auffassung (Exceptionen S. 131 Anm. 2), daß „die Versäumung der Exceptio im Prozeß keine andere materielle Wirkung als die jeder andern (civilen) Einrede auch hat", für das moderne Recht vertritt, kann allerdings zu einem privatrechtlichen Erfordernis des Vorschützens für keinen Einwand gelangen; denn daß das Privatrecht dem Richter nicht verbietet, z. B. den Einwand der Zahlung ohne besonderen Antrag zu berücksichtigen, sobald derselbe im Prozeßstoff vorliegt, bezweifelt heute niemand mehr.

[521]) Bekker, Pand. I. S. 89 spricht von „negativen Rechten"; Kohler, Recht u. Prozeß (Grünhuts Ztschr. Bd. 14 § 7 u. § 5) von „reaktionsunfähigen Ansprüchen"; Thon, Rechtsnorm und subj. Recht S. 261 und Jhrb. f. Dogm. 28 S. 37 ff., und ebenso Regelsberger, Pand. I. § 192 von „rechtsverfolgenden Einreden"; Fischer, R. u. Rsch. § 9 schlägt die Bezeichnung „Gegenrechte" vor. Vgl. auch die Ausführungen Bülows, Absolute Rechtskraft, Arch. f. d. civ. Pr. 1894 (Bd. 23) bes. S. 21 ff.

[522]) Vgl. Bekker, Pand. I. § 108 Beil. I. n. 18; Regelsberger, Pand. I. § 186 (allerdings unter Berufung auf den Zweck des Theodosischen Gesetzes); Fischer, R. u. Rsch. S. 124 (erkennt das Erfordernis des Vorschützens als gemeinrechtliche Übung an); vgl. auch Thon, l. c. S. 67.

So ist denn der Widerspruch gegen die herrschende Meinung in unserer Frage mehr und mehr verstummt.[523]) Auch der Versuch, auf Grund des Gegensatzes von Verjährung und Befristung eine verschiedene Behandlung der Justinianischen praescriptio actionum einerseits und der alten honorarischen Temporalitätsfälle sowie der Wechselverjährung andererseits anzubahnen,[524]) hat keinen durchgreifenden Erfolg gehabt.

Die deutsche Rechtsprechung ist der herrschenden Theorie durchaus gefolgt. Wie in vielen Fällen ist auch in unserer Frage das ehemalige O.A.G. Celle für den neuen Gedanken bahnbrechend gewesen. Bereits im Jahre 1815 stellte dieses Gericht den Satz auf,[525]) daß „der Richter in der Regel weder im kontradiktorischen noch im Kontumazialverfahren befugt ist, die Einrede der Verjährung ex officio zu supplieren". In allen Teilen Deutschlands sind die obersten Landesgerichte dieser Auffassung beigetreten: so in Baiern,[526]) Hessen-Darmstadt,[527]) Nassau,[528]) Oldenburg,[529]) Braunschweig[530]) und für die 1866 neuerworbenen preußischen Gebiete das ehemalige O.A.G. Berlin.[531]) Längere Zeit geschwankt hat die württembergische Praxis[532]) und am zähesten hat auf dem Standpunkt der früheren

---

[523]) Widersprochen haben besonders noch: Sintenis, Civilrecht I. § 31 Anm. 61 (lediglich mit Rücksicht auf die römischen Quellen, obgleich er „nicht verkennt, daß in dieser richteramtlichen Berücksichtigung ein inkonsequentes Eingreifen in die Parteirechte gefunden werden kann"); Wetzell, Civilprozeß § 19 Anm. 8; Muther, Kr.V.Schr. IX. (1869) S. 357 und neuestens Hölder, Pand. § 63 Anm. 3b.

[524]) Schaeffer, Ztschr. f. Civ. u. Proz. N.F. IX. S. 103 ff.; wohl auch Fick, Diss. „Quid intersit quoad vim tempore" etc. (Marburg 1847) S. 11, und vor allem Grawein, Verj. u. ges. Befristung § 9. Für die Wechselverjährung auch Thöl, Handelsrecht II.[4] § 197.

[525]) Hagemann, Prakt. Erörterungen VII. S. 10. In Sachen von Bussche c/a von Bussche 1 V. 1815.

[526]) Arch. f. d. civ. Praxis I. (1829) S. 415.

[527]) O.A.G. Darmstadt 31. III. 1837. S.A. VIII. 302.

[528]) Flach, Entsch. d. Herzogl. Nass. O.A.G. Bd. III. (1853) S. 65 Anm.

[529]) O.A.G. Oldenburg 1833, 1838, 1859, 1860, 1862. S.A. XVIII. 58.

[530]) O.G. Wolffenbüttel 10./24. III. 1865. S.A. XIX. 8.

[531]) Erk. vom 8./10. XII. 1867 in hessischer Sache. S.A. XXI. 94.

[532]) Vgl. Wächter, württemb. Pr.R. § 119 n. 7 und Erk. des O.A.G. Stuttgart 26. I. 1858, S.A. XIII. 172, das sich aber nur auf die Wechselverjährung bezieht.

Rechtsprechung das ehemalige O.A.G. Kassel[533]) festgehalten, indessen scheint man auch dort allmählich eingelenkt zu haben.[534])

Die höchsten Reichsgerichte haben die herrschende Praxis gebilligt. Mehrfach hat das ehemalige Reichsoberhandelsgericht seinen Entscheidungen den Satz zu Grunde gelegt: „daß nach gemeinem Recht die Verjährung von dem Beklagten zu excipieren und diese Einrede thatsächlich zu substanziieren ist", so daß „abzuwarten ist, ob der Verklagte die Einrede der Verjährung überhaupt vorschützen und event. thatsächlich begründen wird".[535]) Zu demselben Resultat ist das Reichsgericht gekommen. Der V. Civilsenat desselben führt in einem Erkenntnis vom 1. November 1890 aus:[536]) „Wenn der Berufungsrichter den Widerspruch der Beklagten gegen die Klage damit beseitigen will, daß ihr Rückforderungsrecht durch Verjährung erloschen sei, so übersieht er, das er damit eine Einrede aufstellt, welche nach den Thatbeständen beider Vorderurteile von dem Beklagten nicht erhoben ist. Die Berücksichtigung einer nicht erhobenen Einrede von Amtswegen verstößt aber gegen die Prozeßgrundsätze und sie kann deshalb die getroffene Entscheidung nicht tragen." Damit hat der Senat seine bereits früher geübte Rechtsprechung neu bestätigt.[537])

---

[533]) Erk. vom 29. VI. 1822 und 16. IX. 1840. S.A. VIII. 30; Pfeiffer, Prakt. Erörterungen I. Nr. 2, VII. 2. Auch aus Greifswald berichtet 1842 Bornemann (System des Preußischen Civilrechts II.[2] S. 123 § 113) ähnliches. — Daß die ältere sächsische Praxis die Verjährung dauernd von Amtswegen berücksichtigte (Haubold, Lehrb. d. sächs. Pr.R. § 373), rechtfertigte sich aus der fortdauernden Geltung der Const. I. 25.

[534]) Wenigstens liegt offenbar dem vom R.O.H.G. XXIII. S. 29 bestätigten Kasseler Urteil durchaus die Windscheid'sche Verjährungs-Exceptionstheorie zu Grunde.

[535]) R.O.H.G. VI. S. 229. Der Auslegung des Urteils bei Thöl, Handelsrecht II.[4] § 197 n. 6b ist (schon wegen des Wortes „eventuell") nicht beizutreten. Eher berechtigt mag die Thöl'sche Auffassung für die Urteile R.O.H.G. III. S. 130 und II. S. 124 sein, obgleich das Gericht selbst den im Text angegebenen Satz auch in diesen Erkenntnissen finden will.

[536]) V. 148/90. Bolze, Praxis d. R.G. XI. Nr. 813. Das Urteil findet sich auch R.G.E. 27 S. 199, wo indessen gerade der im Text angeführte Passus fehlt. — Das Urteil ist zwar in einer preußisch-rechtlichen Sache ergangen, kommt aber ebenso für das gemeine Recht in Betracht, da das R.G. sich auf „Prozeßgrundsätze", also auf Reichsrecht stützt.

[537]) V. 54/89 25. Mai. Bolze, l. c. VIII. Nr. 918: „Die Einrede der Verjährung war nicht vorgeschützt; von Amtswegen ist dieselbe aber nicht zu supplieren".

Bevor wir zu der herrschenden Meinung Stellung nehmen, sei es gestattet, im Folgenden einen Blick auf den Standpunkt der deutschen Partikulargesetzgebungen sowie der wichtigeren ausländischen Rechte zu werfen.

d) Partikulares und ausländisches Recht.

§ 18.

Von den drei großen um 1800 entstandenen europäischen Gesetzeskodifikationen, denen zugleich gegenüber dem gemeinen deutschen Recht die Bedeutung der drei größten Partikularrechte zukommt, steht das preußische A.L.R. in unserer Frage noch am meisten auf dem Standpunkt der älteren gemeinrechtlichen Praxis. Indessen machte sich der neue Gedanke doch auch hier bei den Vorarbeiten schon bemerklich. Das preußische Landrecht von 1721 hatte noch bestimmt:[538]) „daß die Verjährung und praescription, da sie manifeste bewiesen und dargethan, oder der Richter dessen aus den Aktis gewiß sein könnte, erkannt und ex officio ergäntzet oder supplieret werden solle, wann gleich die Partheyen sich in den Akten darauff nicht gezogen", und es wurde dabei ausdrücklich bemerkt, daß „schon zuvor dessen etliche praejudicia in Unserm Hoff-Gericht vorhanden". Im Projekt eines Corpus iuris Friedericianum von 1750 hatte man dagegen, ausgehend von dem damaligen haltlosen Begriff der exceptio juris[539]) die Bestimmung vorgeschlagen:[540]) „Der Richter kann diese Exception (sc. praescriptionis), welche in Facto beruht, niemalen ex Officio suppliren". Ob man damit nur verlangte, daß der Thatbestand der Verjährung dem Richter im Prozeßstoff vorliegen müsse, wenn die Entscheidung auf die Verjährung sich stützt, also dasselbe, was auch die gemeinrechtliche Theorie und Praxis von jeher verlangt hatte, oder ob man damit bereits ein eigentliches Vorschützen, einen Willensakt forderte, wird kaum mit Sicherheit festzustellen sein.

---

[538]) Friedrich Wilhelms, Königs von Preußen, verbessertes Landrecht 1721. Königsberg. P. 1 Buch 1 Tit. 25 Art. IV. Vgl. das historische Material bei Heydemann, Einleitung in das System des preuß. Civil-R. (Leipzig 1868) Bd. II. S. 213 ff.

[539]) Vgl. Anm. 500.

[540]) C.J.F.P. II. Lib. III. Tit. V. § 45.

Weit deutlicher wurde diese letztere Forderung aber bei den Vorarbeiten zum A.L.R. selbst aufgestellt. In dem Kircheisen'schen Vorentwurf des Verjährungsabschnittes hieß es allerdings in § 947:[541]) „Der Richter ist schuldig von Amtswegen auf die Verjährung bei der Entscheidung zu achten, wenn gleich die Parteien solche nicht ausdrücklich für sich anführen". Dieser Passus wurde aber in dem sog. Ersten Entwurf fortgelassen, und nun monierte Scherer, ein Mitglied der Gesetzeskommission, zu § 38:[542]) „Post § 38 würde ich einschalten: Der Richter kann auf eine Verjährung, wenn der Beklagte solche nicht eingewandt, von Amtswegen nicht erkennen". Svarez indessen bemerkte hierzu: „Dieser Satz paßt auf unsere Prozeßordnung nicht", und Carmer beschloß darauf: „Das Monitum cessiert".

Rücksichten auf die Gestaltung des Prozesses und dessen Inquisitionsmaxime" brachten also Scherers Vorschlag zu Fall, und so nahm man in die Allg. Ger.-Ord. vom 6. Juli 1793 den vielerörterten Satz auf:[543]) „Wenn aus dem Vortrag des Beklagten und aus dessen Vergleichung mit der Geschichtserzählung des Klägers Rechtsausflüchte (exceptiones juris) oder Rechtswohlthaten sich ergeben, . . . so muß der Instruent auf dergleichen Umstände von Amtswegen Rücksicht nehmen . . . Wenn übrigens der Richter nach geschlossener Instruktion . . . Exceptiones juris, die aus dem entwickelten Fakto zu folgen scheinen, und die gleichwohl bei der Instruktion nicht gerügt worden sind (worunter auch der Einwand der Verjährung gehört), zu bemerken glaubt, so muß er vor Abfassung des Erkenntnisses eine nähere Vernehmung der Parteien darüber von Amtswegen veranlassen."

Als durch die Verordnungen vom 1. Juni 1833[544]) und 21. Juli 1846[545]) das Verfahren der A.G.O. wesentlich modifiziert wurde und — wie man in der Theorie sagt — an Stelle der „Untersuchungsmaxime" die „Verhandlungsmaxime" trat, ist die

---

[541]) Materialien des A.L.R.'s bei Simon und Strampff, Ztschr. f. wissensch. Bearb. des Preuß. R. III. (1826) S. 446.

[542]) Mat. l. c. S. 474. — § 38 lautete: Sie (die Parteien) können aber sich des ihnen zustehenden (Verjährungs-) Rechtes durch Vertrag begeben.

[543]) A.G.O. I. 9 § 11.

[544]) Ges.-S. S. 37.

[545]) Ges.-S. S. 291.

erwähnte Bestimmung der A.G.O. nirgends ausdrücklich beseitigt worden. Trotzdem nimmt die preußische Praxis — unter Vorgang des ehemaligen Ober-Tribunals[546]) und des Reichsgerichts[547]) — an, daß seit jenen Verordnungen auch im Geltungsbereich des A.L.R. die erlöschende Verjährung nur auf besonderes Verlangen des Beklagten bei den gerichtlichen Entscheidungen in Betracht zu ziehen ist. Zu demselben Resultat gelangt einmütig die Doktrin des preußischen Rechtes.[548])

Bei dem Mangel einer ausdrücklichen derogierenden Bestimmung in den genannten Verordnungen ist dieses Resultat nicht ohne weiteres einwandsfrei.[549]) Vor allem darf man es keinesfalls aus der „Verhandlungsmaxime" jener Verordnungen „folgern" wollen,[550]) ebensowenig wie es sich aus der „Verhandlungsmaxime" der C.P.O. ergiebt.[551]) Indessen wird man doch der ganzen Tendenz der beiden Verordnungen ausschlaggebende Bedeutung beimessen müssen, wenn man das Verhalten der herrschenden Doktrin und Praxis überhaupt aus dem geschriebenen Recht heraus verteidigen will. Die beiden Verordnungen beabsichtigen nicht — wie etwa die C.P.O. gegenüber den früheren landesrechtlichen Prozeßgesetzen — eine neue Prozeßkodifikation an Stelle der A.G.O. zu setzen, sondern wollen das Verfahren dieser letzteren nur modifizieren, und zwar gerade in der Weise, daß die Spuren der „Inquisitionsmaxime" aus derselben beseitigt werden.[552]) Die ganze Bestimmung des

---

[546]) Entsch. d. Kgl. O.Tr. Bd. 33 (1856) S. 459 (Nr. 6).

[547]) Die bereits erwähnten Entsch. bei Bolze VIII. 918, IX. 813.

[548]) Scheele, Neues Arch. f. pr. R. u. Pf. XI. Jhrg. (Arnsberg 1845) S. 645 ff.; Koch, Pr. C.Pr. § 131 (1855); Heffter, Civ.Pr. § 111 (1856); Förster, Klage u. Einrede nach pr. Recht § 45 S. 156 (1857); Heydemann, l. c.; Fischer, Pr. Pr.R. S. 718 (vgl. aber R. u. Rsch. § 9); Förster-Eccius, Pr. Pr.R. I.[6] § 57 S. 328; Dernburg, Lehrb. d. Pr. Pr.R. I.[5] § 169.

[549]) Die Doktrin hat meist die Gründe der gemeinrechtlichen Litteratur übernommen; insbesondere spielt auch hier die Exceptionstheorie in der Nach-Savigny'schen Gestalt, die man a priori in das preußische Recht hineinträgt, (vgl. besonders die ältere Litteratur; im Grunde aber auch Förster-Eccius, l. c. und § 56 Anm. 16) eine große Rolle. Über diese Gründe vgl. unten § 19.

[550]) So das O.Trib.

[551]) Vgl. oben § 1 V.

[552]) Über diese Tendenz ist man in Praxis und Litteratur von jeher einig; vgl. insbesondere Koch, C.Pr. § 119 S. 252. — Allerdings sagt die Verordnung vom 21. Juli 1846 im Eingang: „Wir . . . haben . . . dem (in

§ 11 I. 9 cit. aber verdankt ihre Existenz lediglich der Rücksicht, welche die Verfasser der A.G.O. auf die „Inquisitionsmaxime" nehmen zu müssen glaubten. In Übereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Doktrin ihrer Zeit sahen sie nun einmal in der exceptio juris von vornherein ein Institut von dauernder materiellrechtlicher Bedeutung,[553]) als dessen praktisch wichtigste Lebensäußerung das Erfordernis des besonderen Geltendmachens im Prozeß galt. Daß sie dieses Erfordernis lediglich der „Inquisitionsmaxime" geopfert haben, beweist gerade für den Einwand der Verjährung die oben wiedergegebene Erklärung von Svarez. Es entspricht daher wenigstens durchaus der bei der Redaktion des § 11 cit. maßgeblich gewesenen Grundanschauung, wenn man annimmt, daß durch Verordnungen, wie die von 1833 und 1846, das privatrechtliche Erfordernis des Verjährungsvorschützens — nach Befreiung von der prozessualischen Fessel — wieder zur Geltung gekommen ist. —

Weit einfacher als bei der preußischen Kodifikation gestaltete sich die Lösung unserer Frage für die Verfasser des Code civil. Die ältere französische Praxis und Doktrin hatte die Exceptionstheorie der Italiener bald sehr erheblich modifiziert. Man beschränkte nämlich den Kreis der „eigentlichen" Exceptionen auf eine ziemlich kleine Anzahl von Verteidigungsmitteln und zwar durchgängig solcher, welche im altfranzösischem Prozeß durch Antwortsverweigerung zur Geltung gekommen waren.[554]) Als juristische Besonderheit derselben bezeichnete man: quand elles sont pertinentes, on n'a que faire d'entrer en connaissance de cause principale.[555]) Zu diesen sog. „fins de non recevoir" hat man aber stets die prescription

---

der V. vom 1. VI. 1833 bezüglich des Bagatell- und summarischen Prozesses) angeordneten Verfahren, soweit dies jetzt schon zulässig erschienen, eine erweiterte Anwendung und vervollständigte Ausbildung zu geben beschlossen". Diese Wendung muß immerhin gegen eine jede extensive Auslegung des Verordnungsinhalts Bedenken erwecken, zumal es sich um ein korrektorisches Gesetz handelt.

[553]) Auch sonst kehrt der Begriff in der A.G.O. wieder, z. B. I. 9 § 16, ohne übrigens klarer als bei den gleichzeitigen gemeinrechtlichen Schriftstellern zu sein.

[554]) C. de Malberg, Histoire de l'exception (Paris 1887) S. 326 ff., S. 351.

[555]) Guy Coquille zu art. 154 der Ordonnance Heinrichs III. von 1579, nach Malberg, l. c.

gerechnet,[556]) die sich auch in Frankreich allmählich durch Aufnahme des fremden Rechts aus der heimischen — ehemals ein Antwortsverweigerungsrecht gewährenden[557]) — Verschweigung zu dem römisch-kanonischen Verjährungsinstitut entwickelt hatte. So hat eine von dem hochangesehenen Guipape[558]) mitgeteilte und gebilligte Grenobler Entscheidung vom 14. August 1459, welche das Vorschützen der exceptio praescriptionis forderte, der Praxis dauernd als Vorbild gedient,[559]) und damit hat in Frankreich — anders als in Deutschland — die germanisierte Auffassung der italienischen Romanisten in unserer Frage den Sieg davon getragen. Der Code civil bestätigte daher wohl nur das bereits geltende Recht, wenn er in art. 2223 anordnet:

> Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription.

Diese Bestimmung, welche sowohl für die prescription extinctive, wie für die prescription acquisitive gilt[560]) und in der die französische Theorie und Praxis mit Recht das Erfordernis einer besonderen Willenserklärung statuiert findet,[561]) wurde mit demselben Gedanken begründet, der auch die deutschen gemeinrechtlichen Juristen unseres Jahrhunderts zu einer gleichen Behandlung wenigstens der erlöschenden Verjährung drängte. Einer der Verfasser des Code giebt diesen Gedanken dahin an:[562]) que celui qui n'oppose que

---

[556]) Vgl. Malberg, l. c. S. 327, S. 334.

[557]) Olim I. p. 502 Nr. 28, Olim III. p. 556 Nr. 52 (Anm. 440); Heusler, Gewere S. 415 und S. 343.

[558]) Guido Papa, Decisiones Gratianop. qu. 221. — Über Boerius vgl. oben S. 124.

[559]) Die für die Praxis bestimmten Remarques de droit François (Rouen 1625) p. 614 verzeichnen den Satz: „prescription non allegue le juge ny peut faire droit d'office" selon la Glosse et Guido Papa, ohne eine Gegenmeinung zu erwähnen.

[560]) Dies folgt aus der Stellung des Artikels im System.

[561]) Vgl. Aubry et Rau, Cours de droit civil français Bd. 8. § 775, 2. Zachariae von Lingenthal, Handbuch, IV. § 775 n. 5. Entscheidungen des Cassationshofes vom 26. II. 1822, 18. IV. 1838 bei Sirey, Recueil général Jahrg. 1822—1824 (Paris 1848) I. p. 32; Jahrg. 1838 I. p. 553.

[562]) Maleville, Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'état (Paris 1807) Bd. 4, zu § 2223. Dabei hat aber die alte Exceptionstheorie ihren Einfluß ebenfalls geäußert. Ein anderer Mitredakteur des Code,

la prescription, peut être entraîné par les remords de la conscience, dont le juge ne doit pas entraver l'action. In Übereinstimmung mit der hier sich offenbarenden Grundauffassung gestattet der Code natürlich auch den Verzicht auf die bereits eingetretenen Verjährungswirkungen.[563])

Der art. 2223 c. civ. hat auch unter der Herrschaft der deutschen C.P.O. volle Geltung behalten und ist nicht — wie man wohl angenommen hat[564]) — durch deren Bestimmungen „ersetzt" worden, da dieselbe die Frage überhaupt nicht regelt.

Das Landrecht des Großherzogtums Baden hat in seinem § 2223 die Bestimmung des Code civil durch die Worte:

> Kein Richter darf die Einrede der Verjährung, die ein streitender Teil nicht vorträgt, von Amtswegen ergänzen,

wiedergegeben, hat aber als § 2223a hinzugefügt:

> Hiervon sind jedoch diejenigen Fälle ausgeschlossen, wo die unterlassene Vortragung ein ungültiger Verzicht wäre. —

Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 hat die Frage nach dem Vorbilde des Code civil geregelt.[565]) Es bestimmt in § 1501:

> Auf die Verjährung ist ohne Einwendung der Parteien von Amtswegen kein Bedacht zu nehmen.

Diese Bestimmung bezieht sich indessen nicht auf die Acquisitivverjährung, da dieselbe im Gesetzbuch als „Ersitzung" von der erlöschenden „Verjährung" getrennt wird.[566]) Somit befindet sich das österreichische Recht, — welches übrigens auch einen Verzicht

---

Bigot-Préamenau, bemerkt: La prescription n'est qu'une simple exception offerte au possesseur ou l'obligé, et qui n'a d'effet qu'autant qu'il lui plaît, d'en faire usage. La Legislation civil de la France (Paris 1829) zu art. 2223 c. civ.

[563]) art. 2220, 2221. Aubry et Rau, l. c. § 776.

[564]) Cretschmer, Rheinisches Civilrecht (Düsseldorf 1883) zu a. 2223 c. civ. behauptet, daß der Art. durch § 14, 1 E. G. C.P.O. beseitigt und durch §§ 251, 259, 279 C.P.O. ersetzt ist. — Die Bestimmung des art. 2223 ist aber privatrechtlich. Vgl. oben § 1.

[565]) Vgl. Unger, System II. § 122 S. 444; Zrodlowski, Verjährung § 2 Anm. 10, § 17; Grawein, Verjährung u. gesetzliche Befristung § 9.

[566]) Vgl. § 1451, § 1452.

auf die eingetretenen Verjährungswirkungen zuläßt[567]) — in Übereinstimmung mit der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis. Eine Ausnahme von der Regel des § 1501 besteht aber für den Mandats- (incl. Wechsel-) Prozeß.[568])

Die vierte in Deutschland geltende Privatrechtskodifikation teilt im wesentlichen den Standpunkt des österreichischen Rechts: Der § 143 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt für die „Klagenverjährung":

Die Verjährung ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.

In einer ganzen Reihe deutscher Einzelstaaten ist der gleiche Grundsatz in Spezialgesetzen ausgesprochen worden. Hierher gehören Hessen, Oldenburg, Koburg-Gotha, Sondershausen, Rudolstadt, Bremen.[569]) Nur Sachsen-Altenburg, auf dem Boden des gemeinen Sachsenrechts stehend, hat das Prinzip der Kursächsischen Constitutio I. 25 durch Gesetz vom 31. Dezember 1855 (§ 12) erneuert. —

Die außerdeutschen Länder Europas haben meist das Prinzip des Code civil in unserer Frage übernommen.

In Belgien gilt der Code selbst und in Holland sagt das Burgerlijk Wetboek art. 1854:

Waneer men zich op verkregene prescriptie niet beroept, mogen de regters het regt, daaruit ontstaande, niet ambtshalve in aanschouw nemen.[570])

Von einer gleichen Grundauffassung des Verjährungsinstituts geht der Codice civile d'Italia von 1865 aus. Auch nach diesem Gesetzbuch ist — ausdrücklicher wie stillschweigender — Verzicht

---

[567]) § 1502 arg. e contr.

[568]) Zrodlowski, l. c. § 2.

[569]) Hessen-Darmstadt, Ges. vom 19. 3. 1853 art. 32; Oldenburg, Ges. vom 7. 8. 1841 § 7; Koburg-Gotha, Ges. vom 28. 6. 1856 § 8; Sondershausen, Ges. vom 27. 4. 1850 § 16; Rudolstadt, Ges. vom 3. 3. 1864 § 15; Bremen, Ges. vom 7. 12. 1868 § 9. Roth, System des Pr.R. I. § 87 VI.

[570]) Über den Verzicht bestimmt art. 1852: Afstand van eene prescriptie is, of uitdrukkelijk, of stilzwijkgende: Stilzwijkgende afstand woordt afgeleid uit het plegen van eene daad, welke doet veronderstellen, dat men van zijn verkregen regt afziet.

auf die Verjährungswirkungen zulässig[571]) und art. 2109 bestimmt für die Verjährung im allgemeinen:

> Il giudice non può supplire d'ufficio alla prescrizione non opposta.

Ebenso hat sich der Codigo civil Portuguez gestellt. Auch er läßt den Verzicht auf die Verjährungswirkungen zu[572]) und ordnet dann weiter an:

> art. 514. A prescripção como meio de defeza so póde ser allegada por via de excepção, nos termos do codigo do processo.
>
> art. 515. Os juizes não podem supprir, de officio, a prescripção, não sendo esta invocada pelas partes.

Wohl ebenfalls unter französischem Einfluß ist das russische Recht zu einer entsprechenden Regelung der Frage gelangt.[573]) Früher betrachtete man in Rußland die Verjährung als „eines der Grundgesetze des Rechts, deren Aufrechterhaltung das ganze Rechtssystem sicherstellen", und berücksichtigte ihre Wirkungen daher im Prozesse von Amtswegen. Man glaubte diesen Standpunkt aber aufgeben zu müssen, als man in der Civilprozeßordnung vom 20. Oktober 1864 das Verfahren neu regelte und dabei nach dem Muster westeuropäischer Rechte die „Verhandlungsmaxime" zu Grunde legte. Das genannte Gesetz bestimmt daher in § 786:

> Das Gericht hat nicht das Recht, ... die Frage über Verjährung anzuregen, wenn die Parteien sich auf dieselbe nicht berufen.

Der spanische Codigo civil von 1889 hat dagegen eine ähnliche Bestimmung nicht aufgenommen, obwohl sonst seine Verjährungslehre der französischen sehr nahe steht und insbesondere

---

[571]) art. 2111: La rinuncia alla prescrizione è espressa o tacita: la rinuncia tacita risulta du un fatto, i quale sia incompatibile colla volontà di valersi della prescrizione.

[572]) Art. 508. Não é permittido renunciar antecipadamente ao direito de adquirir, ou de se desonerar pela prescripção; póde, porém, renunciar se ao direito adquirido por meio della.

[573]) Vgl. Engelmann, Die Verjährung nach russischem Privatrecht (Dorpat 1867) S. 241.

auch hier ein — ausdrücklicher wie stillschweigender — Verzicht auf die Verjährungswirkungen zugelassen wird.[574]) —

In Anlehnung an die deutsche gemeinrechtliche Theorie und Praxis hat ferner das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 für seine „Anspruchsverjährung" ebenfalls den Satz aufgestellt:[575])

Der Richter darf die Verjährung nicht von Amtswegen berücksichtigen. —

Das moderne englische Recht schließlich steht auf demselben Standpunkt und verlangt in allen Fällen das Vorschützen der Verjährung.[576])

e) Ergebnisse.

§ 19.

Legen wir uns nach den vorangegangenen Erörterungen jetzt die Frage vor, ob im geltenden gemeinen Recht der Eintritt der Verjährungswirkungen von einer — im Prozeß abzugebenden — Willenserklärung des Verpflichteten abhängig ist, so werden wir dieselbe zu bejahen haben und somit der herrschenden Meinung beitreten müssen. Die Gründe allerdings, mit welchen diese herrschende Meinung argumentiert, werden wir nur zum allergeringsten Teile als zwingend anerkennen dürfen.

Daß die „Verhandlungsmaxime" der C.P.O. und überhaupt das moderne Prozeßrecht einen stichhaltigen Grund nicht zu liefern vermögen, ist bereits im Eingange dieser Untersuchung erörtert worden.

Die Unhaltbarkeit der aus der sog. „Illiquidität des Verjährungseinwandes" hergenommenen Begründung wird eben-

---

[574]) art. 1935: Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada; pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo. Entiéndese tacitamente renunciada la prescripción cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandonno del derecho adquirido.

[575]) art. 160 (Ed. Schneider und Fick).

[576]) Byles, A treatise of the law of bills of exange. S. 357 nach Grawein, Verj. u. ges. Befr. S. 171.

falls durch einen Blick auf den geltenden Prozeßrechtszustand widerlegt.[577]) Will man das Erfordernis des Vorschützens lediglich daraus herleiten, daß die Verjährung niemals aus dem Prozeßstoff ohne weiteres sich ergeben könne, weil sie mit dem Zeitablauf nicht bedingungslos vollendet sei, sondern stets die Möglichkeit einer Unterbrechung oder Hinderung ihres Laufes offen bleibe, so steht dem der einfache Satz entgegen, daß der Richter eben nur diejenigen Thatsachen seiner Urteilsfindung zu Grunde zu legen hat, welche die Parteien ihm geliefert haben. Ist ein Unterbrechungs- oder Hemmungsgrund der Verjährung nicht von irgend einer Seite behauptet, so existiert er also für das Gericht nicht und die Verjährung ist als vollendet zu betrachten, wenn im übrigen alle ihre unentbehrlichen positiven Voraussetzungen gegeben sind.

Man hat nun allerdings den „Illiquiditäts"gedanken vielfach so gewendet, daß man sagt, durch das Vorschützen des Verjährungseinwandes werde der Gegner auf das Vorliegen der Verjährung aufmerksam gemacht und dadurch veranlaßt, die etwa zu seinen Gunsten sprechenden Thatbestandsmomente in den Prozeß einzuführen, während er ohne einen solchen Hinweis leicht ganz unerwartet mit seinem Klagbegehren abgewiesen werden könne. Hiergegen ist zu erinnern, daß der Kläger den Prozeßstoff ja eben so gut zu übersehen in der Lage ist, wie der Richter, und daher von selbst dafür sorgen muß, die zur Beseitigung der Verjährung dienenden Thatbestandsmomente in den Prozeß einzuführen. Ferner würde man bei dieser Argumentation das Vorschützen auch für solche Einwendungen fordern müssen, die heute unbestrittenermaßen von Amtswegen beachtet werden, in erster Linie für den Einwand der Ersitzung, deren Ablauf ebenso unterbrochen werden oder ruhen kann, wie derjenige der erlöschenden Verjährung.

Schließlich war es eine der vornehmlichsten Aufgaben der vorstehenden Erörterungen, darzulegen, daß das Hauptargument der herrschenden Meinung, die einfache Hindeutung darauf, die erlöschende Verjährung, insbesondere die „Klagenverjährung", sei eine „Einrede", eine „exceptio", in keiner Weise geeignet ist, das Erfordernis des Verjährungsvorschützens zu erweisen. Wie überhaupt für das reinrömische Recht von einem solchen Erfordernis nach unserer

[577]) Vgl. gegen dieses Argument Grawein, Verj. u. ges. Befr. S. 169.

Auffassung keine Rede sein kann, so ergiebt sich insbesondere — wie wir gesehen haben — weder aus dem klassischen noch aus dem justinianischen Exceptionsbegriff und der Anwendung desselben auf Fälle zeitlicher Rechtsbegrenzung die Notwendigkeit des Vorschützens. Stände dies aber auch umgekehrt, so wäre damit noch wenig geholfen. Denn es bliebe dann immer noch der Nachweis zu führen, daß der betreffende römische Rechtssatz auch wirklich rezipiert sei. Gerade die wechselnden Geschicke des römischen Rechts in unserer Frage beweisen auf's neue, wie schwach es mit der Behauptung von der Rezeption „in complexu" bezw. der Theorie von einer für die Rezeption der römischen Sätze bestehenden Präsumption bestellt ist.

Wenn die Ergebnisse unserer geschichtlichen Darlegungen nicht trügen, so kann in der Exceptionsfrage man als feststehend nur betrachten: einmal, daß im heutigen gemeinen deutschen Recht gewisse Verteidigungsmittel nur auf Grund einer besonderen im Prozeß abzugebenden Willenserklärung des durch sie Begünstigten bei der richterlichen Entscheidung in Betracht gezogen werden dürfen und daß diese Verteidigungsmittel auch außergerichtlich vertragsmäßig verzichtbar sind;[578]) sodann, daß diese Verteidigungsmittel sich zum großen Teil in ihrem Thatbestand decken mit römischen exceptiones, weil eben gerade auf den von der mittelalterlich-italienischen Doktrin unverstandenen bezw. mißverstandenen Exceptionsbegriff die oben geschilderten Anschauungen des germanischen Prozeßrechts Einfluß gewannen und dauernd behielten; zugegeben mag schließlich auch werden, daß wenigstens ein Teil der römischen Exceptionsthatbestände auch nach moderner Auffassung zu einer solchen Behandlung geeignet ist.

Weiter aber darf man nicht gehen. Man darf vor allem nicht sagen, daß ein Thatbestand, weil er in den römischen Quellen im Gewande der exceptio auftritt, nun auch von vornherein der charakterisierten besonderen Behandlung unterliegen muß; denn die Grenze zwischen den exceptiones juris und facti hat sich im Laufe der Jahrhunderte immer wieder verschoben: mehr oder weniger zufällige theoretische Erwägungen, mannigfach verschiedene Strömungen im Gebiete des Prozeßrechts, vor allem aber der verschiedene Zweck,

[578]) Ohne daß damit gesagt sein sollte, daß für jedes verzichtbare Verteidigungsmittel nun auch das Erfordernis des Vorschützens bestände.

welchen diese oder jene Zeit einem Verteidigungsmittel im allgemeinen Zusammenhange der Rechtsordnung beimaß, sind ausschlaggebend dafür geworden, ob man einen Thatbestand zu dieser oder jener Klasse von Verteidigungsmitteln rechnete. Es bedarf also für jedes einzelne Verteidigungsmittel einer besonderen Untersuchung, um festzustellen, zu welcher Klasse es im heutigen Recht gehört. Ehe diese Feststellung für alle Verteidigungsmittel oder wenigstens für die wichtigsten mit einiger Sicherheit erfolgt ist, wird man daher auch nicht sagen können, ob es sich empfiehlt, diejenigen, welche die exceptiones juris des modernen Rechts bilden, unter einem allgemeinen Begriff zu subsumieren und ihnen einen besonderen Platz im System anzuweisen, oder ob es nicht vielleicht ratsam ist, die juristische Konstruktion dieser Erscheinungen im Rahmen der einzelnen Rechtsinstitute vorzunehmen. Jedenfalls wird man nicht auf deduktivem, sondern nur auf induktivem Wege zu einer völlig befriedigenden „Exceptionstheorie" gelangen können.

Nach alledem kann man auch in unserer Frage der herrschenden Meinung nur dann beitreten, wenn sich der Nachweis führen läßt, daß speziell für die erlöschende Verjährung das Erfordernis ihres Vorschützens sich historisch herausgebildet hat. Während nun zwar zu Beginn unseres Jahrhunderts hiervon keine Rede sein konnte, wird man für das heutige gemeine Recht das Bestehen eines solchen Erfordernisses allerdings annehmen können, man wird annehmen können, daß es im Laufe unseres Jahrhunderts gewohnheitsrechtlich durch die Praxis und Theorie, die hier unbewußt den deutschrechtlichen Gedanken der alten italienischen Romanisten wieder aufnahm, entwickelt worden ist. Man mag den Wert des Gerichtsgebrauchs für die Bildung eines Gewohnheitsrechts hoch oder niedrig bemessen, im vorliegenden Falle muß die — wie gezeigt — übereinstimmende Haltung der deutschen Praxis seit nunmehr fast hundert Jahren als ausschlaggebend betrachtet werden, da unsere Frage ausschließlich im Prozeß oder doch bei gerichtlichen Entscheidungen zur Bedeutung und zum Austrag gelangt. Einen mächtigen Rückhalt gewährt der gemeinrechtlichen Praxis zudem die Stellungnahme der deutschen Partikulargesetzgebung und nicht zum mindesten das übereinstimmende Verhalten der preußischen Praxis in dem großen Gebiete des A.L.R.

Wollte man aber trotz alledem eine feststehende gemeinrechtliche Übung in unserer Frage nicht anerkennen, so wird man doch keinesfalls leugnen können, daß hier ein Gewohnheitsrecht in entschiedener, wohl unaufhaltsamer Bildung begriffen ist. Jedenfalls kann von einem entgegenstehenden Gewohnheitsrecht in keiner Weise mehr geredet werden, die Frage ist zum mindesten in heftiges Schwanken geraten und man sieht sich vor die Alternative gestellt, die eine oder die andere Lösung zu wählen.

Bei dieser Wahl aber wird man, da allgemeine Rechtsgrundsätze, aus denen die Entscheidung entnommen werden könnten, nicht bestehen, auf den Zweck des Instituts der erlöschenden Verjährung zurückgehen müssen und zu prüfen haben, welche der beiden in Frage stehenden Lösungen diesem Zweck mehr entspricht. Auch auf diesem Wege aber gelangt man zu demselben Resultat wie die herrschende Meinung, und hier kann man auch ihrer Argumentation beitreten, soweit dieselbe in dem Hinweis auf die Verzichtbarkeit der Verjährung und damit auf den Verjährungszweck besteht. Es kann natürlich nicht der Zweck in Betracht kommen, welchen Theodosius oder die Glosse oder die deutschen Schöffenstühle der Verjährung beigemessen haben, sondern es ist lediglich die Auffassung maßgebend, welche sich aus den heute als feststehend zu betrachtenden Sätzen des gemeinen Rechts ergiebt. Die erlöschende Verjährung kann nun an sich entweder dem Schutze des allgemeinen Rechtsfriedens, insbesondere der Fernhaltung veralteter Thatbestände von den Gerichten, oder aber der persönlichen Rechtssicherheit des Einzelnen zu dienen bestimmt sein. Im modernen gemeinen Recht beherrscht aber das Institut entschieden der letztere Zweck. Es ergiebt sich dies aus der heute so gut wie unstreitig feststehenden Zulässigkeit des Verzichts auf die eingetretenen Verjährungswirkungen.[579]) Dadurch, daß man den Verzicht zuläßt, hat man

[579]) Vgl. Unterholzner, Verjährungsl. I. § 138; Savigny, System V. S. 142; Unger, Pr.R. II. S. 16; Windscheid, Pand. I.[7] § 107; Bähr, Anerkennung § 47; Zrodlowski, Verjährung § 17; Regelsberger, Pand. I. § 186; Bekker, Pand. I. § 108 Beil. I. no 18; R.O.H.G. XXIII. Nr. 8 S. 29. Vgl. insbesondere auch Dernburg, preuß. Pr.R. I.[5] § 169 S. 389. Abweichend nur Schwalbach, Jahrb. f. Dogm. XIX. S. 36 ff., der auch das Vorhandensein einer communis opinio bestreitet; indessen darf man nicht wie er daraus, daß einige Schriftsteller die Verzichtbarkeit nicht erwähnen, ohne weiteres folgern, daß sie dieselbe ausschließen.

den ersterwähnten Verjährungszweck aufgegeben: denn mit der Absicht, die Organe der staatlichen Rechtspflege vor der Behelligung mit veralteten Thatbeständen zu schützen, ist es unvereinbar, daß man den Parteien gestattet, durch eine übereinstimmende Willenserklärung ihrerseits das Gericht zur Verhandlung der alten Sache zu zwingen.

Dient die erlöschende Verjährung im modernen Recht aber ausschließlich privaten Interessen, so entspricht es ihrem Zweck auch mehr, wenn man ihr Vorschützen im Prozesse fordert. Denn wo eine Rechtsordnung private Interessen schützt, können dies vernünftigerweise stets nur solche sein, welche nach der Gesamtheit der wirtschaftlichen, socialen und ethischen Anschauungen der betreffenden Zeit innerlich berechtigt sind. Man kann nun nicht sagen, daß die heutige gemeinrechtliche erlöschende Verjährung stets in diesem Sinne schutzberechtigten Interessen diente. Berechtigt ist der durch die erlöschende Verjährung gewährte Schutz da, wo sie lediglich einen Beweis der wirklich erfolgten Tilgung einer Verbindlichkeit ersetzt. Berechtigt ist dieser Schutz auch ferner da, wo eine Verbindlichkeit zwar niemals getilgt ist, wo aber der Verpflichtete nach Maßgabe der konkreten Umstände infolge des langjährigen Schweigens des Berechtigten annehmen konnte, daß eine Beitreibung niemals mehr stattfinden werde, und wo er demgemäß bei seinen wirtschaftlichen und sonstigen Maßnahmen die Verbindlichkeit vernünftigerweise nicht mehr als bestehend in Betracht zog. So widerspricht es dem Rechtsbewußtsein z. B. durchaus nicht, wenn ein Schenker die Erfüllung eines verjährten Schenkungsversprechens gegenüber einer Person ablehnt, mit der er schon seit vielen Jahren in persönlicher Feindschaft steht.

Liegt dagegen ein solches oder ähnliches besonderes Verhältnis nicht vor, so empfindet man leicht den Schutz, welchen die erlöschende Verjährung gegenüber einer ungetilgten Verbindlichkeit gewährt, als unbillig, ja als unsittlich. Es ist bisher nicht gelungen, für die Verjährung eine Gestaltung zu finden, durch welche derartige Fälle absolut ausgeschlossen würden. Alle Versuche in dieser Richtung, so die starke Betonung der bona fides im kanonischen Recht, die Präsumtionstheorie der Naturrechtsschule und des preußischen A. Landrechts, sind mehr oder weniger mißlungen und ohne dauernden Einfluß geblieben. Eine absolut befriedigende

Lösung ist eben deshalb nicht denkbar, weil die für die Beurteilung der Frage nach der inneren Berechtigung des Verjährungsschutzes in Betracht kommenden Gesichtspunkte viel zu mannigfach sich kreuzen und viel zu sehr von den wechselnden jeweiligen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Auffassungen abhängig sind, als daß sie sich in feste Normen zwängen ließen. Wäre dies aber auch möglich, so würden im konkreten Fall die zu berücksichtigenden Thatsachen, da sie meist in das Gebiet der vielfach unkontrollierbaren persönlichen Beziehungen der Parteien zu einander fallen, der richterlichen Kognitur sich doch entziehen. Gerade weil hier das Hindernis für eine absolut zweckentsprechende Regelung liegt, wird man nun aber in dem Erfordernis des Vorschützens ein Mittel zu erblicken haben, welches wenigstens relativ dem Ziele möglichst nahe führt. Gerade der durch die Verjährung Begünstigte selbst wird am besten zu unterscheiden vermögen, ob er in concreto des Verjährungsschutzes würdig ist oder nicht, und es ist daher zweckmäßig, ihm diese Beurteilung zu überlassen. Man kann nicht sagen, daß dieser Erwägung schon hinreichend Rechnung getragen werde, wenn man den Verzicht auf die eingetretenen Verjährungswirkungen gestattet. Denn gerade dadurch, daß man den, welcher den Verjährungsschutz genießen will, zwingt, dies offen und deutlich zu bekennen, gewinnt man eine nicht zu unterschätzende Garantie gegen den Mißbrauch der Verjährung: ebenso wie der Beklagte selbst, wissen auch die den Parteien nahestehenden Personenkreise oft viel sicherer als der Richter zu beurteilen, ob der Verjährungsschutz im einzelnen Fall wirklich einem berechtigten Interesse dient, und die Rücksichtnahme auf dieses Urteil des Publikums und insbesondere der Standesgenossen wird den Beklagten nicht selten von einer ausdrücklichen Berufung auf die Verjährung abhalten, wenn er sich damit selbst den Stempel wenig vornehmer Gesinnung aufdrücken müßte. Weit weniger wird ihn dagegen diese Rücksichtnahme zu einer ausdrücklichen Verzichterklärung drängen, falls ihm bei bloßem Stillschweigen die Verjährungsvorteile zu gute kämen. Das Erfordernis des Vorschützens bedeutet eine Erleichterung und Beförderung des Verzichts auf die Verjährungswirkungen. Zwar darf man die Bedeutung dieser Momente auch nicht überschätzen und muß insbesondere zugeben, daß so mancher Schuldner auch unter den kompromittierendsten

Umständen nicht vor der Berufung auf die Verjährung zurückschrecken wird; indessen ist doch die Rücksicht auf guten Namen und Kredit ein mächtiger Faktor der Willensbildung und deshalb sehr geeignet, in Fällen wie dem unsrigen als Korrektiv für etwaige Härten der Rechtsordnung zu dienen. Es entspricht daher dem Zweck der modernen erlöschenden Verjährung entschieden mehr, wenn das Gericht sie nur auf besonderes Verlangen des Verpflichteten berücksichtigt, als wenn eine derartige Willenserklärung nicht erfordert wird. Auch von dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit aus ist daher der herrschenden Meinung in unserer Frage beizustimmen.

Die Regel, daß die Verjährung vorgeschützt werden muß, gilt für die erlöschende Verjährung in ihrem vollen Umfange: ebenso für die Forderungsverjährung wie für den Untergang der Servituten durch nonusus. Den letzteren auszunehmen, liegt kein Anlaß vor. Er hat — wie wir gesehen haben — im Laufe der Jahrhunderte die gleichen Schicksale erfahren wie die Forderungsverjährung, und es kann daher dem — ja ohnehin auch für das römische Recht in unserer Frage bedeutungslosen — Umstande, daß der nonusus im Formularprozeß ipso jure zur Geltung kam, nicht das geringste Gewicht beigemessen werden. Es sprechen vielmehr beim nonusus dieselben Gründe der Zweckmäßigkeit für das Erfordernis des Vorschützens wie bei den übrigen Fällen der erlöschenden Verjährung, und eine entgegenstehende moderne Gewohnheit wird sich nicht nachweisen lassen.[580])

Auch einzelne Fälle der Forderungsverjährung darf man von der allgemeinen Regel nicht ausnehmen. Wenn man dies zunächst bezüglich der alten honorarischen Temporalität versucht hat,[581]) so ist dagegen zu erwidern, daß diese schon zu des Theodosius Zeit in der allgemeinen Aktionenverjährung aufgegangen war[582]) und daß sich hieran bis heute nichts geändert hat. Es hieße eine mehr als tausendjährige Entwicklung ignorieren, wenn man aus

---

[580]) Vielmehr stellen nicht nur ältere gemeinrechtliche Schriftsteller dieses Jahrhunderts (vgl. o. Anm. 11), sondern auch gleichzeitige Erkenntnisse den Satz für die erlöschende Verjährung ganz allgemein hin. Vgl. Flach, Entscheidungen des großh. nassauisch. O.A.G. III. S. 65, auch S.A. VIII. 302.

[581]) Vgl. Anm. 524.

[582]) Vgl. oben S. 55.

der Verschiedenheit der einzelnen klassischen Fälle römischer Rechtsbegrenzung für das heutige Recht praktische Unterschiede herleiten wollte. Auch aus der angeblichen Natur der honorarischen Temporalitätsfälle als sog. Legalfristen kann kein Argument entnommen werden. Die ganze Unterscheidung zwischen Legalfrist und Verjährung ist zunächst lediglich eine begriffliche, die nicht a priori in das positive Recht hineingetragen werden kann; nur wo der historisch entstandene Rechtsstoff wirkliche Konsequenzen dieser Unterscheidung zeigt, und nur in dem hierdurch begrenzten Umfange, dürfen wir derselben praktische Folge geben.[583]) Man wird aber wohl überhaupt ebensowenig in den Normen des rein-römischen wie des mittelalterlich-italienischen oder des gemeinen Rechts Anhaltspunkte für die Distinktion zu finden vermögen — jedenfalls bietet sich bezüglich unserer Frage, wie ihre geschichtliche Entwicklung beweist, irgend ein positiver Anhalt für das Vorhandensein der Distinktion in keiner Epoche dar.[584]) Man schafft also in ganz unzulässiger Weise auf rein deduktivem Wege neue Rechtsnormen, wenn man auf Grund der Unterscheidung zwischen Legalfrist und Verjährung das Erfordernis des Geltendmachens für die honorarische Temporalität oder für irgend eine andere Art der Forderungsverjährung im modernen Recht aufgiebt.

Hiermit erledigen sich auch die Bedenken, die man bezüglich der Geltung unserer Regel für die vierjährige Frist der restitutio in integrum gelegentlich erhoben hat.[585]) Auch hier ergiebt sich aus dem Gegensatz von Legalfrist und Verjährung nichts, auch hier ist der Umstand gleichgültig, daß das römische und das ältere gemeine Recht die Restitutionsfrist von Amtswegen berücksichtigt, da dies für die übrigen Verjährungsfälle ebenfalls zutrifft. Daß aber die Restitutionsfrist von der Wandlung, welche seit Beginn dieses Jahrhunderts die erlöschende Verjährung im allgemeinen gemacht hat, nicht mitbetroffen worden wäre, wird niemand

---

[583]) Vgl. Bekker, Pand. I. § 38 Beil. 3.

[584]) Daß mit dem Begriff der Legalfrist das Erfordernis des Vorschützens keineswegs unvereinbar ist, bemerkt Strohal, Grünhuts Zeitschr. IX. S. 75.

[585]) Vgl. Schaeffer, Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N.F. IX. S. 103 ff.

behaupten können. Vielmehr hat die Praxis das Erfordernis des Vorschützens gelegentlich gerade für die Restitutionsfrist aufgestellt.[586])

Schließlich ist auch die Ausnahme, welche man von unserer Regel für die Wechselverjährung hat machen wollen,[587]) unberechtigt. Wenn auch die Wechselverjährung ihre Besonderheiten hat,[588]) so ist sie doch von jeher sowohl in Italien[589]) wie in der gemeinrechtlichen Praxis[590]) lediglich als besondere Art der Aktionenverjährung betrachtet und prinzipiell nach den für diese geltenden Normen behandelt worden[591]). Es liegt nicht der mindeste Anhalt dafür vor, daß die A.D.W.O. diesen Standtpunkt aufgegeben hat; vielmehr spricht der Umstand, daß sie den Ausdruck „Verjährung" verwertet, sowie daß sie die Materie der Wechselverjährung nicht erschöpfend, sondern nur in einzelnen Punkten regelt,[592]) entschieden für das Gegenteil. Die Wechselverjährung ist subsidiär nach den allgemeinen Verjährungsnormen desjenigen Rechts zu beurteilen, welches überhaupt im konkreten Falle für die Wechselobligation maßgebend ist. Im Geltungsgebiet des gemeinen Rechts besteht daher das gemeinrechtliche Erfordernis des Vorschützens der Forderungsverjährung auch für die Wechselverjährung, ein Satz, welcher bereits das ehemalige Reichsoberhandelsgericht mit Recht seinen Entscheidungen zu Grunde legte.[593])

---

[586]) Vgl. S. A. XVIII. 58.

[587]) Vgl. Thöl, Handelsr. II.[4] § 197; Grawein, Verjährg. u. ges. Bfr. S. 174; wohl auch Lehmann, Lehrb. d. Wechselr. § 142. — S. A. XIII. 172 (O.A.G. Stuttgart); österreichische und ältere süddeutsche Erkenntnisse bei Borchardt, A.D.W.O. (1879[7]) Zus. 718[a].

[588]) Vgl. Strohal, Grünhut, Ztschr. IX. S. 6.

[589]) Vgl. z. B. Joh. Crottus, Consilia, cons. 71 n. 60.

[590]) Vgl. das Urteil der Leipziger Fakultät vom Mai 1775 bei Green, De renunciatione praescriptionis in cambio (Leipzig 1777). Vgl. ferner J. G. Siegel's fürsichtigen Wechselgläubiger I. c. 3 § 7; v. Martens, Grundriß des Handelsrechts (1820) § 124.

[591]) Hieran änderte auch der Umstand nichts, daß nach der Auffassung der älteren Doktrin und Praxis (vgl. Scaccia, Tractat. de commerciis et cambio § 7 Gl. 7 und Green l. c.) mit Vollendung der kurzen Wechselverjährung nur die spezifische Wechselstrenge erlischt, während der gänzliche Verlust der Forderung erst durch die ordentliche dreißigjährige Verjährung herbeigeführt wird.

[592]) W. O. art. 77 ff.

[593]) R.O.H.G. VI. S. 229. Vgl. auch O. v. Wächter, Encyklopädie des Wechselrechts II. S. 979; Gareis, Handelsrecht § 108a 1[a]; Rehbein,

Wenn somit unsere Regel für die gemeinrechtliche erlöschende Verjährung einschließlich der Wechselverjährung ausnahmslos Geltung beansprucht, so soll doch damit nicht gesagt sein, daß nicht moderne Gesetze hier und da einzelne Fälle zeitlicher Rechtsbegrenzung geschaffen haben, in denen der Rechtsuntergang unmittelbar mit dem Zeitablauf eintritt, ohne daß es hierzu im Prozeß noch einer besonderen Willenserklärung bedürfte. Diese Fälle stehen eben von vornherein außerhalb des gemeinrechtlichen Verjährungsinstituts. Man denke z. B. an die Frist von drei Monaten, innerhalb deren nach § 16 der Gebühren-Ordnung für Zeugen und Sachverständige die Zeugen- und Sachverständigen-Gebühren verlangt werden müssen.[594]) Für eine Aufzählung und Würdigung dieser Fälle ist indessen hier nicht der Platz. —

Das Vorschützen der erlöschenden Verjährung ist eine Willenserklärung des Verpflichteten, dahingehend, daß er den Verjährungsschutz für sich in Anspruch nimmt und bei der gerichtlichen Entscheidung zu seinen Gunsten berücksichtigt zu sehen wünscht. Dem heutigen Zweck des ganzen Erfordernisses entsprechend wird diese Willenserklärung eine *ausdrückliche* sein müssen,[595]) und man

---

W.O. bei art. 80 n. 2 u. 9; Kuntze und Brachmann bei Endemann, Handb. Bd. IV § 86 a. E.; Borchardt, A.D.W.O. (1879[7]) Zus. 718[a] und das dort erwähnte ungedruckte Erkenntnis des Preuß. O.Trib. aus dem Jahre 1866.

[594]) § 16 l. c. „Die Gebühren der Zeugen und Sachverständigen werden nur auf Verlangen derselben gewährt. Der Anspruch erlischt, wenn das Verlangen binnen drei Monaten nach Beendigung der Zuziehung oder Abgabe des Gutachtens bei dem zuständigen Gerichte nicht angebracht wird." — Vgl. ferner z. B. Reichs-Milit.-Pens.-Ges. vom 27. VI. 71 § 114, und dazu R.Ger.Entsch. 31 S. 125 ff.; R.-Patent-Ges. § 9; R.-Unfall-Fürsorge-Ges. vom 15. III. 86, § 6; Preuß. Unf.-Fürs.-Ges. vom 18. VI. 87, § 6; Preuß. Beamt.-Pens.-Ges. vom 27. III. 72 § 23 in der Fassung des Ges. vom 30. IV. 84. — Zu unterscheiden sind von diesen Fällen die „materiellen Präklusivfristen", bei denen „die Zeit als Maß für die Dauer der Möglichkeit einen Akt mit juristischer Wirkung vorzunehmen" erscheint (Grawein, Verj. u. ges. Befr. S. 34 ff.; vgl. jedoch auch Strohal, l. c. S. 64 ff.) Dagegen gehören wenigstens teilweise hierher die „Präklusivfristen" des Entwurfs eines B.G.B. (Mot. I. S. 347).

[595]) Nach französischer Praxis (Kassationshof, 18, IV. 1838. Sirey, Recueil général 1838 I. p. 553) genügt es nicht, wenn der Beklagte erklärt: „qu'on peut avec quelque raison s'étonner de la tardivité de l'action et que peut-être serait-il possible d'invoquer la prescription". Dagegen nimmt man an, daß in dem Vorschützen der prescription trentenaire gegenüber der Haupt-

wird sich mit konkludenten Handlungen, insbesondere dem bloßen Vortrage des Verjährungsthatbestandes nur dann begnügen können, wenn dieselben ganz unverkennbar dem Zwecke dienen, eine ausdrückliche Erklärung zu ersetzen. Entstehen in dieser Beziehung Zweifel, so wird von dem richterlichen Fragerecht Gebrauch zu machen sein. —

Die erlöschende Verjährung ist vorzuschützen überall da, wo sie einer — der Verwirklichung des Rechtsschutzes dienenden — Entscheidung eines staatlichen Organs über Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zu Grunde gelegt werden soll. Nicht nur im ordentlichen Prozeß und den besonderen Arten desselben, wie insbesondere im Eheprozeß,[596]) ist eine ausdrückliche Willenserklärung abzuwarten, sondern auch bei der Erlassung eines Zahlungsbefehls und in der Zwangsvollstreckung, so daß aus einem verjährten Schuldtitel zu vollstrecken ist,[597]) so lange der Schuldner nicht widerspricht und eventuell diesen Widerspruch im Wege der Klage gemäß § 686 C.P.O. geltend macht. — Will man dem Zwecke, welchem im heutigen Recht das Vorschützen der Verjährung dient, gerecht werden, so muß man es nicht nur da fordern, wo die verjährte Forderung den Hauptgegenstand der zu fällenden Entscheidung bildet, sondern ausnahmslos in jedem Fall, wo die Verjährungswirkungen auf die Entscheidung irgendwelchen Einfluß haben können. Z. B. wird die Klage gegen den Bürgen auf Grund des Umstandes, daß die Hauptschuld zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft bereits verjährt war, nur dann zurückgewiesen werden können, wenn der Beklagte dies ausdrücklich verlangt; und wenn man — mit der heute wohl herrschenden Meinung — die Kompensation mit einer verjährten Forderung für unzulässig hält, wird man auch diesen Rechtssatz im Prozeß nur auf Grund einer besonderen Willenserklärung des Kompensationsgegners zur Anwendung bringen dürfen. Handelte man anders, so gelangte

---

forderung zugleich das Vorschützen der 5jährigen Verjährung gegenüber der Zinsforderung liegt (Kassat.-H. 26. II. 1822. Recueil général, 1822—1824, I. p. 32).

[596]) § 577 C.P.O. ändert hieran nichts, da er lediglich prozessualische Normen enthält.

[597]) Vgl. Krech u. Fischer, Anm. 1. c. a. E. zu §§ 6—8. Gs. v. 13. Juli 1883.

man zu ganz unhaltbaren Resultaten: es würde sonst z. B. die Verjährung einer Forderung, welche teils compensando, teils im Wege der Widerklage geltend gemacht wird, in ein und demselben Prozeß teils von Amtswegen, teils nur auf Antrag berücksichtigt werden dürfen.

f) Konstruktion.

§ 20.

Es bleibt noch die Konstruktionsfrage zu erörtern. Von den drei im Eingang dieser Untersuchung angedeuteten Konstruktionsmöglichkeiten[598]) hat — wenigstens auf den ersten Blick — die Auffassung am meisten für sich, daß mit Ablauf der Verjährungszeit das Forderungsrecht (bezw. die Servitut) vollkommen untergeht und daß in dem Verzicht auf die Verjährung bezw. in dem Nichtgeltendmachen derselben *rechtsbegründende* Akte zu erblicken sind. Dadurch würde sich der Rechtszustand der Zwischenzeit — vom Ablauf der Verjährungsfrist bis zum Verzicht bezw. bis zum Prozeß — am bequemsten erklären und man entginge so der lästigen Annahme des ewigen Fortbestehens derjenigen verjährten Rechte, über welche nicht im Prozeß entschieden ist. Trotzdem ist diese Konstruktion nicht annehmbar. Während man in dem — zweiseitigen — Verzicht auf die Verjährungswirkungen mit Bähr[599]) einen Anerkennungsvertrag erblicken kann, ist die Auffassung unhaltbar, daß auch das Nichtvorschützen der Verjährung einen *rechtsbegründenden* Akt bildet. Im günstigsten Falle läge hier eine *einseitige* Willenserklärung — des durch die Verjährung Begünstigten — vor: von einem *zweiseitigen* Willensakt, einem Vertrag, kann in keiner Weise die Rede sein; denn der allgemeine Antrag des Gegners auf Verurteilung ꝛc. ist nicht geeignet, den speciellen Anerkennungswillen und dessen Erklärung zu ersetzen. Eine *einseitige* Willenserklärung ist aber bekanntlich im gemeinen Recht als Verpflichtungsgrund prinzipiell nicht anerkannt und auch in den wenigen Fällen, wo ein Teil der Doktrin der einseitigen Willenserklärung diese Bedeutung beimessen will — wie bei der

[598]) Vgl. o. § 1 Nr. VI.

[599]) Bähr, Anerkennung § 47.

Konstituierung einer Wechselobligation — herrscht dauernd lebhafter Streit. Man ist also nicht berechtigt, dem einseitigen Nichtvorschützen der Verjährung ohne weiteres rechtserzeugende Kraft beizulegen. Wollte man dies aber auch thun und hier einen jener mindestens seltenen Fälle statuieren, in denen die einseitige Willenserklärung zum Verpflichtungsgrund wird, so bliebe immer noch ein anderes Hindernis. Man kann nämlich doch vernünftigerweise in dem Nichtvorschützen einen Willensakt überhaupt nur *da* erblicken, wo derjenige, welcher das Vorschützen unterläßt, von dem Vorliegen des Verjährungsthatbestandes *Kenntnis* hat. Ist dies nicht der Fall — und es wird besonders häufig da nicht der Fall sein, wo der Schuldner einer verjährten Forderung im Prozesse überhaupt fortbleibt —, dann liegt in der Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung eine *Fiktion*. Eine solche aber ist zur Erklärung eines rechtlichen Vorgangs von vornherein untauglich.

Es fragt sich nun, welche der beiden übrig bleibenden Lösungen vorzuziehen ist. Soll man die verjährte Forderung bis zu dem Augenblick, wo die Verjährung im Prozeß geltend gemacht wird, als vollgültige Forderung betrachten, so daß die Verjährungswirkungen ohne Prozeß (bezw. ohne den Eintritt eines der gleichstehenden Fälle) überhaupt nicht juristische Bedeutung gewinnt? Oder soll man die verjährte Forderung juristisch minder bewerten als eine nicht verjährte und etwa von Rechtshemmung oder ähnlichem sprechen? Wir möchten die erstere Auffassung wählen. Wenn die oben vertretene Meinung richtig ist, daß die erlöschende Verjährung schlechthin in *allen* Fällen, wo sie auf eine gerichtliche Entscheidung Einfluß gewinnen soll, vorgeschützt werden muß, so ist damit zugleich der Satz gegeben, daß die verjährte Forderung bis zur Abgabe der betreffenden Willenserklärung in allen Stücken fortbesteht. Sie kann den Gegenstand vollkommen rechtsverbindlicher Novation, Cession, Kompensation, Bürgschaft ꝛc. bilden, sie ist vor allem selbst klagbar — erst die Willenserklärung des durch die Verjährung Begünstigten hebt die Wirkung aller dieser Geschäfte, hebt die Klagbarkeit der Forderung selbst auf. Diese Aufhebung erfolgt dabei nicht durch den Willensakt des Vorschützens allein, sondern durch diesen Willensakt in Verbindung mit der darauf folgenden Entscheidung, so daß das Recht überhaupt nur in dem Umfange endgültig untergeht, in welchem es im konkreten Falle zur

Entscheidung steht, und nur insoweit, als diese Entscheidung dauernde rechtliche Bedeutung erlangt: die Forderung gegen den Bürgen wird z. B. dadurch in keiner Weise berührt, daß der Hauptschuldner bei irgend welcher anderen Gelegenheit des Verjährungsschutzes sich bedient hat, und der Umstand, daß gegenüber einer compensando geltend gemachten Forderung die Verjährung mit Erfolg vorgeschützt worden ist, hindert an sich eine spätere Verfolgung dieser Forderung im Wege der Klage oder auch der Kompensation durchaus nicht. Die verjährte Forderung genießt hiernach bis zum Dazwischentreten eines besonderen Ereignisses — des Verjährungsvorschützens — in Verbindung mit der darauf folgenden Entscheidung den vollen staatlichen Rechtsschutz, und man muß sie darum auch bis zum Eintritt dieses Moments als vollgültige Forderung betrachten. Dabei braucht man die große Bedeutung des Umstandes, daß gerade der Verpflichtete durch einen einfachen Willensakt die Existenz der Forderung vernichten und sich demnach der Erfüllung jederzeit beliebig entziehen kann, gar nicht zu unterschätzen. Das verjährte Recht wird dadurch nahezu wertlos und man kann es im wirtschaftlichen Sinne kaum noch als Vermögensstück betrachten. Aber eben auch nur im wirtschaftlichen, nicht im juristischen Sinne — wir haben hier einen jener Punkte, an denen die wirtschaftliche Würdigung eines Thatbestandes und seine juristische Konstruktion sich scheiden. Ebensowenig wie wir aber die Existenz eines Forderungsrechts z. B. deshalb negieren dürfen, weil der bereits fruchtlos gepfändete Schuldner im Ausland vagabondiert, dürfen wir in unserer Frage der wirtschaftlichen Erwägung nachgeben und den alten Fehler aufs neue begehen, den die Glossatoren machten, als sie das „existierende, aber unwirksame Recht" erfanden. Denn der dem heutigen Juristen so geläufige Begriff der Rechtshemmung ist im Grunde weiter nichts als eine Reproduktion jenes alten, jetzt in ein Bild gekleideten Gedankens der Glosse.

Will man aber den Geltungsbereich unseres Satzes nicht soweit ausdehnen, wie wir, und in einer Reihe von Fällen von dem Erfordernis des Vorschützens der Verjährung absehen, so daß man z. B. die Eingehung einer Bürgschaft für eine bereits verjährte Forderung als von vornherein und unter allen Umständen ungültig betrachtet, dann kann man allerdings die verjährte Forderung

nicht mehr als vollgültige auffassen. In dem Augenblick der Verjährungsvollendung ginge dann mit dem bisherigen Forderungsrecht eine Veränderung vor. Trotzdem würde es sich nicht empfehlen, zur Bezeichnung dieser Veränderung von einer Rechtshemmung zu sprechen. Die verjährte Forderung wäre lediglich modifiziert, als Ganzes in ihrer Wirksamkeit keineswegs aufgehalten, gehemmt, vielmehr bliebe sie als solche wirksam und bestände fort, so lange ihre prinzipielle Klagbarkeit besteht. Es kann sich höchstens um Einschränkungen — und zwar um dauernde Einschränkungen — der Wirksamkeit handeln, und man wird daher, wenn man im Bilde bleiben will, richtiger von einem geschwächten Recht, ohne Bild aber von einem partiell unwirksamen Recht zu sprechen haben.

---

g) Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

§ 21.

Die Entwürfe zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich wollen übereinstimmend unsere Streitfrage im engen Anschluß an die herrschende gemeinrechtliche Doktrin entscheiden.

Der Teilentwurf des Redaktors[600]) enthielt die Bestimmung:

> Die vollendete Verjährung hebt den Anspruch, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, vollständig auf. Der Richter darf die Verjährung nicht von Amtswegen berücksichtigen.[601])

Diese Fassung ist von der Kommission nicht gebilligt worden, und der Entwurf erster Lesung bestimmt in § 182 Abs. 1:

---

[600]) Nach Fischer, R. und Rsch. S. 121.

[601]) Ähnlich hieß es schon in dem Dresdner Entwurf eines allg. deutsch. Ges. über Schuldverhältnisse, art. 417: „Die Verjährung bewirkt die vollständige Erlöschung der Forderung. Diese Wirkung tritt jedoch nur ein, wenn der Schuldner sich darauf beruft. Von Amtswegen ist die Verjährung nicht zu berücksichtigen".

Nach Vollendung der Verjährung steht dem Anspruche eine Einrede entgegen, durch welchen die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird.

Der Entwurf zweiter Lesung hat diesen Satz — nunmehr als § 187 Abs. 1 — wörtlich übernommen und lediglich das Schlußwort „wird" in „ist" verändert.[602])

Die Regel des § 187[1] (182[1]) findet nach beiden Entwürfen lediglich auf die „Anspruchsverjährung"[603]) Anwendung, nicht dagegen auf diejenigen ziemlich zahlreichen Fälle zeitlicher Rechtsbegrenzung, für welche in den Entwürfen der Ausdruck Verjährung vermieden wird und welche von den Motiven[604]) unter der Bezeichnung „Ausschlußfristen (Präklusivfristen)" zusammengefaßt werden.[605]) Auch der Untergang der Dienstbarkeiten durch nonusus kommt voraussichtlich für unsere Frage künftig nicht mehr in Betracht, da er beiden Entwürfen überhaupt fremd ist.

Wie die Motive[606]) hervorheben, soll durch § 182[1] ausgedrückt werden, „einerseits, daß die Vollendung der Verjährung im Prozesse von dem Richter nicht von Amtswegen berücksichtigt werden darf, andererseits, daß auf die vollendete Verjährung einseitig mit der Wirkung verzichtet werden kann, daß der Anspruch seine volle Kraft behält".

Diese ganze Regelung hat bei der Kritik keineswegs ungeteilten Beifall gefunden.[607]) Was zunächst die materielle Seite der Sache anlangt, so wird vielfach die prinzipielle Stellungnahme des Ent-

---

[602]) Wohl nur aus phonetischen Gründen, denn in dem analog lautenden § 737[2] (jetzt 738[1]) ist das „wurde" nicht in „war" verändert worden.

[603]) Über diesen Begriff vgl. das oben bei Anm. 4 Gesagte.

[604]) Motive I. S. 347.

[605]) Ohne daß diese Fälle indessen einheitlich gestaltet wären. Vgl. Fischer R. u. Rsch. § 10 S. 119 ff. und die dort gegebene Zusammenstellung, wobei jetzt an Stelle der §§ 922, 691, 824, 979, 104 die §§ 892, 729, 783[2] (nebst 784[2], 786[2]) 739, 99 der zweiten Lesung zu setzen sind.

[606]) Mot. I. S. 341.

[607]) Sachlich einverstanden: Hanausek, Verhandlungen des 20. Juristentages I. S. 312; Schilling, Aphorismen S. 60 (nach der amtlichen „Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen" I. S. 234); Goldschmidt (ebenda); Wilke, 20. Jur.-Tag IV. S. 51; Rocholl und Niedner, Gegenentwurf I. S. 81; Bähr, Gegenentwurf § 179.

wurfs zur Verjährung getadelt, es wird verlangt, daß als Hauptzweck des künftigen Verjährungsinstituts der Schutz der öffentlichen Interessen — Hebung der allgemeinen Rechtssicherheit und Verminderung der Geschäftslast der Gerichte — betrachtet werde, und demnach die erlöschende Verjährung der Parteidispositionen entzogen bleibe.[608]) Dieses Verlangen hat gewiß vieles für sich. Giebt man ihm nach, so vermeidet man die lästige Folge der Gestaltung des Entwurfs, daß der verjährte „Anspruch", obwohl regelmäßig wertlos, dauernd bestehen bleibt und immer wieder, wenn es nicht zum Prozeß kommt, im Verkehr eine Rolle spielen kann. Richtig ist ferner, daß in der Verjährung ein wichtiger Faktor zur Verminderung und Vereinfachung der Prozesse und damit ein Heilmittel gegenüber den uralten Klagen über die Langsamkeit des Rechtsganges liegt: ein möglichst konsequenter Ausbau des Instituts nach dieser Richtung brächte daher entschiedene Vorteile. Mancher Prozeß aber würde nicht geführt werden, wenn der Kläger von Anfang wüßte, daß sein Anspruch rettungslos der Verjährungsschlinge verfällt. Mancher andere Prozeß würde abgekürzt, wenn man es den Parteien unmöglich machte, durch Verzicht oder Nichtberufung auf die Verjährung das Gericht zur Beweisaufnahme über alte halbvergessene Vorgänge zu nötigen. Die vom Entwurf geplante Regelung, die in erster Linie dem Schutz privater Interessen dient, kostet den Gerichten Zeit und hemmt dadurch den Fortgang anderer Prozesse.

Trotzdem wird man dieser Regelung den Vorzug vor einer Gestaltung geben müssen, welche den Verzicht auf die Verjährung ausschließt und von dem Erfordernis des Vorschützens absieht. Denn durch eine solche wird der angestrebte Zweck — Ausschluß der Parteidisposition über die Verjährungswirkungen — doch niemals vollkommen erreicht werden, wenn man nicht, woran doch wohl niemand denkt, wesentliche Grundprinzipien unseres heutigen Prozesses zu beseitigen oder doch wenigstens zu durchbrechen geneigt ist. So lange wir nicht wieder zu dem Satz der Preußischen A.G.O. zurückkehren, daß der Prozeßrichter, unabhängig von den

[608]) Hölder, Pand. § 63, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73, S. 147 ff.; Fischer, R. u. Rsch. § 10 (vgl. 20. Jur.-Tag IV. S. 47); Thon, Jahrb. f. Dogm. Bd. 28, S. 67, 68; Pfaff, 20. Jur.-Tag IV. S. 40; Hölder, ebenda S. 54; Heinsheimer, ebenda S. 56.

Parteianführungen die objektive Wahrheit zu ermitteln verpflichtet ist, so lange wir insbesondere nicht die heutigen Grundsätze über das gerichtliche Geständnis beseitigen, wird es dem Beklagten niemals schwer werden, durch die Behauptung eines fingierten Hemmungs- oder Unterbrechungsgrundes dem Gericht dieselben Schwierigkeiten zu bereiten, die er ihm heute durch den Verzicht auf die Verjährung zu bereiten vermag. Die Regelung bliebe also wenigstens vorläufig eine halbe: die privatrechtliche Dispositionsfreiheit verschwände, die prozessualische bestände fort. Für ein solches unbefriedigendes Resultat ist aber der geforderte Preis zu hoch. Denn man müßte dieses Resultat erkaufen einerseits durch eine Verletzung berechtigter privater Interessen, indem man den Verjährungsschutz u. U. Personen aufdrängte, welche sich desselben nicht bedienen wollen, weil sie ihn in concreto für ungerecht halten, und welche doch vielleicht auch den Umweg über ein Geständnis unwahrer Thatsachen scheuen. Ferner müßte man mit einer Grundauffassung des Verjährungsinstituts brechen, die sich nicht nur im gemeinen Recht, sondern auch in fast allen deutschen Partikularrechten und in den Rechten sämtlicher großen europäischen Staaten findet, eine Auffassung, von der man also doch wohl annehmen darf, daß sie der Anschauungsweise der modernen Menschen und dem Bedürfnis des modernen Verkehrs entspricht. Erwägt man schließlich noch, daß von Anbeginn die möglichste Wahrung des geltenden Rechts als ein Ziel der ganzen Gesetzgebungsarbeit bezeichnet worden ist,[609]) und daß ferner die vom Entwurf vorgeschlagene Gestaltung gerade in germanischen Rechtsanschauungen wurzelt — ein Umstand, dem zwar nicht ausschlaggebende, aber doch unterstützende Bedeutung zukommt —, so wird man das Prinzip der Disponibilät des Verjährungsschutzes billigen können. Die Schattenseite dieses Prinzips aber wird man als unvermeidlich ertragen müssen, ohne daß man sie indessen zu überschätzen brauchte: denn einerseits wird sich der Verkehr mit der ewigen Fortdauer der verjährten Rechte in Zukunft ebenso abzufinden wissen, wie bisher, d. h. er wird sich nicht um die juristische Konstruktion, die schließlich doch nur ein Hilfsmittel für den Juristen ist, sondern

[609]) Vgl. Vierhaus, Entstehungsgesch. des Entwurfs (Bek. u. Fisch., Beitr. Heft 1) S. 48.

lediglich um den wirtschaftlichen Wert des verjährten Rechts kümmern;[610]) andererseits ist die Mehrbelastung und der durch sie bedingte Zeitverlust der Gerichte relativ gering, wenn man in Rechnung zieht, daß in der Mehrzahl der Verjährungsfälle von der Verjährung Gebrauch gemacht wird, und infolgedessen doch eine sehr erhebliche Verminderung der Geschäftslast dem Verjährungsinstitut zu danken bleibt.

Wenn man aber die Verjährungswirkungen der freien Parteidisposition ausliefert, so ist es aus bereits erörterten Gründen auch am zweckmäßigsten, im Prozeß das Vorschützen der Verjährung zu fordern und daneben den außergerichtlichen Verzicht zuzulassen. Die Statuierung einer bloßen Tilgungspräsumption[611]) dürfte sich nicht empfehlen, weil eine solche denjenigen Fällen nicht gerecht wird, in welchen der Verjährungsschutz trotz Unterbleibens der Tilgung einem vernünftigen Bedürfnis dient.[612]) Andererseits empfiehlt sich auch nicht die Zulassung eines bloß außergerichtlichen Geltendmachens des Verjährungseinwandes, wie es der Entwurf für die Kompensation und die Anfechtung zulassen will; denn es fiele damit das wesentliche Moment des Zwanges zum öffentlichen Bekenntnis des Verjährungswillens fort.

Es wird noch zu erwägen sein, ob nicht unsere Regel wenigstens auf einen Teil der sog. „Präklusivfristen" des Entwurfs auszudehnen ist. Eine endgültige Beantwortung dieser Frage kann indessen erst nach dem Erscheinen des Familien- und Erbrechts zweiter Lesung erfolgen, denn die überwiegende Mehrzahl der

---

[610]) In Erwägung zu ziehen wird aber sein, ob es sich nicht empfiehlt, die Verjährung der dinglichen „Ansprüche", insbesondere der „Ansprüche" aus dem Eigentum, so wie jetzt die „Präklusivfristen" von unserer Regel auszunehmen, zugleich aber diese Verjährung zu einer das dingliche Recht, insbesondere das Eigentum vernichtenden oder — besser noch — übertragenden umzugestalten. Man vermiede dadurch das unglückliche dominium sine re, dessen dauerndes Fortbestehen weit unzuträglicher ist, als das Fortbestehen der „Ansprüche", weil das dingliche Recht gegenüber Dritten und zwar absolut wirkt Vgl. Fischer, R. u. Rsch. § 10 S. 118, 20. Jur.-Tag IV. S. 45; Pfaff, ebenda S. 39; Bähr, ebenda I. S. 290; andererseits Hölder, 20. Jur.-Tag IV. S. 47.

[611]) Pfizer, 20. Jur.-Tag IV. S. 49; vgl. auch Fischer, R. u. Rsch. § 10 S. 125, u. 20. Jur.-Tag IV. S. 57.

[612]) Vgl. o. S. 146.

„Präklusivfristen" gehört diesen Rechtsgebieten an. Schon jetzt aber kann der Wunsch ausgesprochen werden, daß die dreijährige Frist, innerhalb deren die Forderung auf Herausgabe der Bereicherung gegen den Finder gemäß § 892 (= 922 I. Lef.) erlischt, unter die allgemeinen Verjährungsnormen und damit auch unter die Vorschrift des § 187[1] (182[1]) gestellt werde, da sich dieser Fall der Rechtsbegrenzung innerlich in nichts von der sonstigen „Anspruchsverjährung" des Entwurfs unterscheidet.

Während man nach alledem mit der materiellen Regelung unserer Frage im Entwurf sich einverstanden erklären kann, erheben sich um so größere Bedenken nach der formellen Seite hin. Ohne zu übertreiben, kann man sagen, daß ein gebildeter Nicht-Jurist bei unbefangener Lektüre der Bestimmung des § 187[1] (182[1]) niemals aus derselben das herauslesen wird, was sie nach den Motiven ausdrücken soll. Er wird vielmehr ganz naturgemäß auf die Worte „dauernd ausgeschlossen" Gewicht legen und annehmen, daß der Anspruch dauernd, d. h. für immer und unter allen Umständen durch die Verjährung vernichtet wird — also gerade das Gegenteil der beabsichtigten Regelung. Die vielgetadelte, den Volkston nur selten treffende Sprache des Entwurfs[613]) macht sich auch hier geltend. Immerhin könnte man diesen Mangel im vorliegenden Falle noch ertragen, wenn die Bestimmung wenigstens für den Juristen unzweifelhaft klar wäre.

Leider ist die Fassung des § 187[1] (182[1]) aber auch rein wissenschaftlich betrachtet keineswegs eine klare, und es ist begründete Aussicht vorhanden, daß auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. unsere alte Streitfrage weiterlebt. Zwar wird der Jurist den soeben erwähnten Irrtum des Nicht-Juristen vermeiden, weil er aus den Motiven[614]) in Erfahrung bringt oder sonst ahnt, daß der Relativsatz unserer Bestimmung lediglich das Adjektivum „peremptorisch" verdeutschen und umschreiben soll. Damit ist aber noch gar nichts gewonnen. Der Hauptmangel liegt in der Verwendung des Einredebegriffs.[615]).

---

[613]) Bekker, System und Sprache (Bek. u. Fisch., Beitr., Heft 2) S. 50.
[614]) Mot. I. S. 360.
[615]) Gegen den Einredebegriff des Entwurfs: Fischer, R. u. Rsch. § 9; Hölder,

Es ist ein Irrtum, wenn die Motive[616]) annehmen, daß „der Begriff der materiellrechtlichen Einrede eine feste Kategorie gewähre, welche jeder Unklarheit vorbeugt". Die Verfasser des Entwurfs sind eben von der verbreiteten Auffassung ausgegangen, daß die „materiellrechtliche Einrede" einen gewissermaßen naturnotwendigen Begriff darstellt, der „sich in jedem einigermaßen entwickelten Recht wiederfindet"[617]) und aus dem ohne weiteres das Erfordernis des Vorschützens und die Verzichtbarkeit sich ergeben. Diese Auffassung ist, wie wir nachzuweisen versucht haben, nicht zutreffend: es handelt sich vielmehr bei der gemeinrechtlichen „materiellen Einrede" keineswegs um römische „ratio scripta", sondern um ein — auf seltsamen Wegen bewahrtes — Stück altgermanischen Prozeßrechts, und die moderne „Einrede" kann daher lediglich als zusammenfassende Bezeichnung für eine Reihe gemeinrechtlicher Verteidigungsmittel betrachtet werden, bei denen sich jene beiden Eigentümlichkeiten rein historisch herausgebildet haben. Wenn das B.G.B. diese gemeinrechtliche Gestaltung in manchen Fällen beibehalten will, — wogegen an sich nichts einzuwenden ist —, so hätte es irgendwo zum Ausdruck bringen müssen, daß die als „Einrede" bezeichneten Verteidigungsmittel die erwähnten Eigentümlichkeiten haben. Dies ist nirgends geschehen.[618]) In dem einzigen Fall, wo die beiden Eigentümlichkeiten im ersten Entwurf besonders erwähnt worden sind — bei dem Einwande der Rechtskraft — ist der Ausdruck „Einrede" vermieden, und nach dem Vorschlage der zweiten Lesung soll der betreffende Passus überhaupt aus dem Gesetzbuch ausscheiden und in der C.P.O. seine Stelle finden. Da mit dem Tage des Inkrafttretens des B.G.B. das gemeine

---

Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 147 ff.; Klöppel, Urteil und Beweis (Gutachten aus dem Anwaltstande) S. 833 ff.; Reinhold, die Lehre vom Klaggrunde, S. 142, 148 (nach der Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen I. S. 243); speciell gegen die „Einrede der Rechtskraft": Bülow, Absolute Rechtskraft, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 23; auch Thon, Jhrb. f. Dogm. XXVIII. S. 37 ff., billigt keineswegs, wie man nach der Zusammenstellung der Gutachten I. S. 244 vielleicht annehmen könnte, den vom Entwurf zu Grunde gelegten Einredebegriff (vgl. bes. Thon, S. 40). — Leider hat dieser allgemeine Widerspruch keine Änderung des Entwurfs in zweiter Lesung zur Folge gehabt.

[616]) Mot. I. S. 342.

[617]) Windscheid, Pand. I[7] § 47 Anm. 1.

[618]) Auch der Entwurf zweiter Lesung hat hieran nichts geändert.

Recht seine Geltung verliert, positive Rechtsnormen aus ihm dann also nicht mehr entnommen werden können, so wird die „Einrede" des Entwurfs ein juristisches Rätsel werden. In welcher Weise dieses Rätsel von Wissenschaft und Praxis gelöst werden wird, ist doppelt ungewiß, weil das Wort „Einrede" bereits in der C.P.O. einen ganz anderen Sinn hat, als es nach der Absicht der Motive im künftigen B.G.B. haben soll. Die Bezeichnung ist also unglücklich gewählt und fördert die Rechtsunsicherheit.

Hätte aber auch der Entwurf die praktischen Eigentümlichkeiten seiner „Einrede" deutlich bezeichnet, und hätte er auch eine glücklichere Terminologie gefunden, so müßte man doch die Statuierung des allgemeinen Begriffs einer „materiellrechtlichen Einrede" im Sinne des Entwurfs bekämpfen. Während die Frage nach der Berechtigung eines solchen allgemeinen Begriffs für das geltende gemeine Recht noch nicht spruchreif ist, liegt dies bezüglich des Entwurfs anders: hier lassen sich die Fälle der „materiellrechtlichen Einrede" genau übersehen. Der erste Entwurf kannte deren sechs: die Einrede der Verjährung, des nicht erfüllten Vertrages, des Zurückbehaltungsrechts, der Vorausklage, die Abzugseinrede des Inventarerben[619]) und schließlich die — wenigstens von den Motiven[620]) so genannte — Einrede der Rechtskraft. Fischer[621]) hat eingehend nachgewiesen, daß es nach den Einzelbestimmungen des Entwurfs „kein einziges rechtliches Merkmal giebt, welches einerseits allen diesen Einreden gemeinsam ist, und dieselben andererseits von anderen rechtlichen Gebilden unterscheidet". Es ist daher unberechtigt, wenn der Entwurf für seine „Einrede" einen besonderen Platz im System fordert. Dieses Resultat der Fischer'schen Ausführungen hat auch gegenüber dem Entwurf zweiter Lesung seine volle Gültigkeit behalten; denn es ist hier — soweit sich dies bis jetzt übersehen läßt — die Einreden-Lehre des ersten Entwurfs in allen wesentlichen Punkten wieder aufgenommen,[622]) wobei übrigens jetzt an Stelle der — wie erwähnt — in die C.P.O.

---

[619]) Vgl. §§ 182, 162, 674, 675, 671, 191.

[620]) Mot. I. S. 373.

[621]) Fischer, R. u. Rsch. § 9 S. 107 ff.

[622]) Vgl. §§ 187, 168, 711, 712, 707 u. S. 66 Anm. 2 (C.P.O. 293a) der zweiten Lesung.

verwiesenen Einrede der Rechtskraft[623]) als sechste Einrede diejenige der „mangelnden Sicherheitsleistung" getreten ist.[624])

Selbst wenn aber die Aufstellung eines „materiellen Einredebegriffs" berechtigt oder gar unumgänglich wäre, so könnte es doch nicht gebilligt werden, daß das künftige B.G.B. selbst diese Konstruktionsfrage löst. Wie alle Konstruktionsfragen gehört auch sie ausschließlich in das Gebiet der Wissenschaft: wer es versucht, sie durch Gesetz in bindender Weise zu lösen, unternimmt unmögliches und erschwert lediglich der Wissenschaft die Arbeit. Man wird nicht einwenden können, daß ein modernes Civilgesetzbuch die Ergebnisse der heutigen wissenschaftlichen Forschung ausnützen und die von dieser aufgestellten Begriffe verwerten darf und muß. Denn dies gilt eben nur von denjenigen Begriffen, über welche die Wissenschaft wenigstens einigermaßen zur Klarheit gelangt ist. Dahin gehört aber der Begriff der „Einrede" gewiß nicht. Seine Aufnahme in das Gesetzbuch ist einseitige Parteinahme für eine zwar weitverbreitete, aber doch auch vielbekämpfte wissenschaftliche Ansicht und birgt die Gefahr in sich, daß die zahlreichen Streitfragen der gemeinrechtlichen Exceptionstheorie auch im künftigen Reichscivilrecht zu neuem Leben erwachen.

Es wäre daher zu wünschen, daß das B.G.B. den Ausdruck „Einrede" überhaupt nicht oder doch nur in dem von der C.P.O. gebrauchten Sinne enthielte. Bei der geringen Anzahl der „Einreden" wird sich der allgemeine Begriff leicht durch einzelne besondere Normen ersetzen lassen.

Nach dieser Richtung würde also auch die Fassung unseres § 187[1] (182[1]) zu verändern sein. Wenn man sich genau an die vom Entwurf selbst bei Gelegenheit der Rechtskraftslehre gewählte Fassung anschließen will, würde man zu sagen haben.

> Die Verjährung hat die Wirkung, daß nach ihrer Vollendung der Anspruch (oder besser die Forderung) nicht mehr geltend gemacht werden kann.
>
> Auf diese Wirkung kann verzichtet werden; das Gericht darf dieselbe nur[625]) berücksichtigen, wenn sie geltend gemacht wird.

---

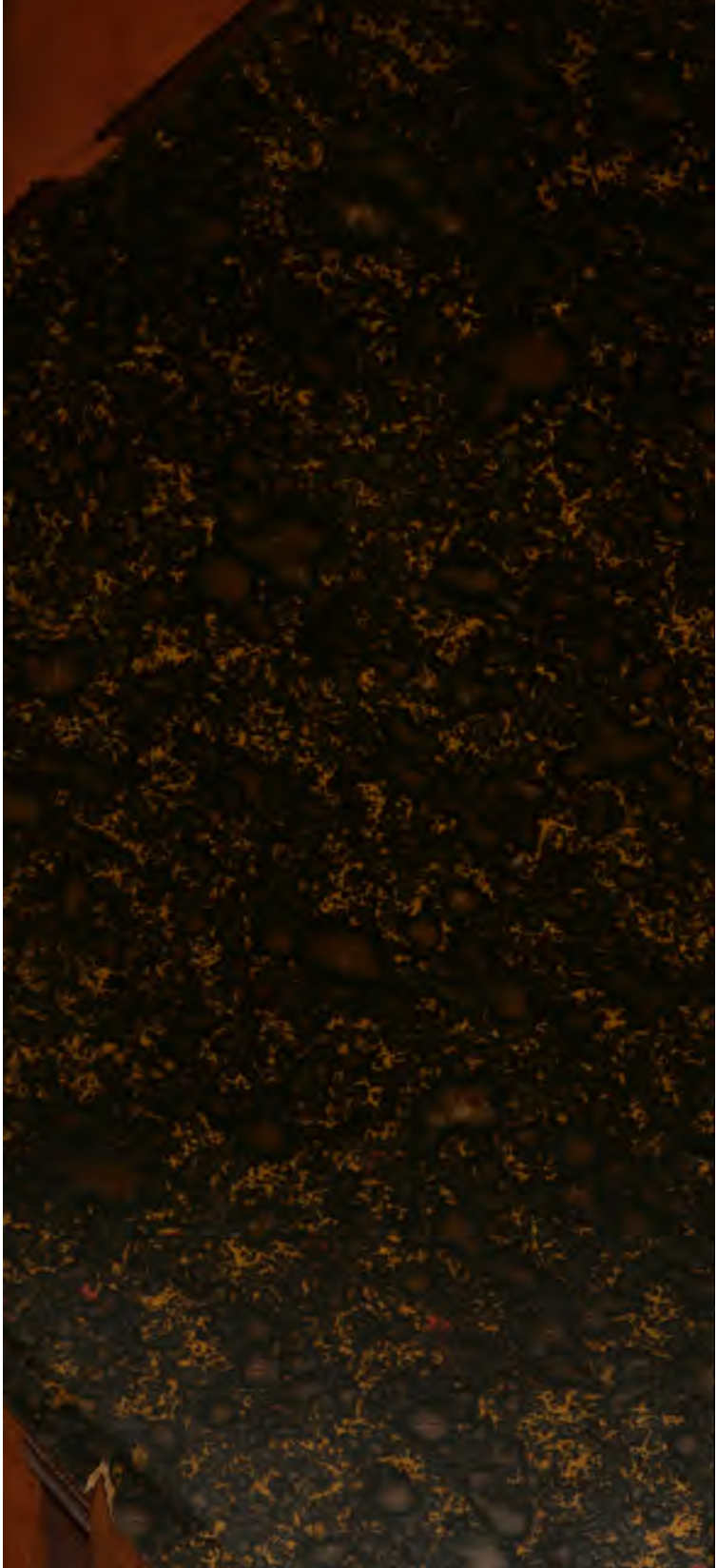
[623]) Über diese Bülow, Absolute Rechtskraft l. c.

[624]) § 168 der zweiten Lesung.

[625]) Eine solche Fassung dürfte als positive der negativen des Teilentwurfs (o. Anm. 600) vorzuziehen sein.

Kürzer könnte man sagen:

Der verjährte Anspruch gilt als erloschen. Diese Wirkung der Verjährung ist verzichtbar und wird im Rechtsstreit nur auf ausdrückliches Verlangen des Verpflichteten berücksichtigt.

Eine derartige Fassung — so anfechtbar sie im einzelnen sein mag — ist jedenfalls verständlicher als die Fassung des Entwurfs, der bei der Lösung unserer Kontroverse in formeller Beziehung einen Weg eingeschlagen hat, den sämtliche europäische Gesetzgebungen des letzten Jahrhunderts geflissentlich vermieden haben.

Druck von Gebrüder Böhm in Kattowitz.